رَوضَةُ الطَّالِبِين

وَعُمدَةُ المفتِين

لِلإمَامِ النَّوَوي

الجزء الخامس

إشراف

زُهَير الشاويش

المكتب الإسلامي

الطبعة الثالثة
١٤١٢هـ / ١٩٩١م

المكتب الإسلامي
بيروت : ص.ب : ١١/٣٧٧١ - برقياً : اسلاميا - تلكس : ٤٠٥٠١ - هاتف : ٤٥٠٦٣٨
دمشق : ص.ب : ١٣٠٧٩ - هاتف : ١١١٦٣٧
عمّان : ص.ب : ١٨٢٠٦٥ - هاتف : ٦٥٦٦٠٥ - فاكس : ٧٤٨٥٧٤

كتاب الغصب

للأصحاب رحمهم الله ، عبارات في معنى الغصب .

إحداها : أنه أخذُ مال الغير على جهة التعدّي ، وربما قيل : الاستيلاء على مال الغير .

الثانية : وهي أعم من الأولى : أنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق . واختار الامام هذه العبارة ، وقال : لا حاجة إلى التقييد بالعدوان ، بل يثبت الغصب وحكمه من غير عدوان ، كما لو أودع ثوباً عند رجل ، ثم جاء المالك فأخذ ثوباً للمودَع وهو يظنه ثوبه ، أو لبسه المودَع على ظن أنه ثوبه .

الثالثة : وهي أعم من الأولين : أن كل مضمون على ممسكه فهو مغصوب ، كالمقبوض بالبيع الفاسد ، والوديعة إذا تعدى فيها المودَع ، والرهن إذا تعدى فيه المرتهن . وأشبه العبارات وأشهرها هي الأولى . وفي الصورة المذكورة ، الثابت حكم الغصب ، لا حقيقته .

قلت : كل هذه العبارات ناقصة ، فان الكلب وجلد الميتة وغيرهما مما ليس بمال ، لا يدخل فيها مع أنه يغصب ، وكذلك الاختصاصات بالحقوق ، فالاختيار : أنه الاستيلاء على حق الغير بغير حق . **والله أعلم**

وقد تظاهرت نصوص الكتاب والسُّنَّة وإجماع الأمة ، على تحريم الغصب ، وفيه بابان .

الاول : في الضمان ، وفيه أربعة أطراف .

الاول : في الموجب للضمان . والغصب وإن كان موجباً للضمان ، فلا ينحصر الموجب فيه ، بل الاتلاف أيضاً مضمن ، وكذلك الاستعارة والاستيام وغيرهما ، والاتلاف يكون بالمباشرة ، أو بالتسبب . وماله مدخل في الهلاك ، فقد يضاف إليه الهلاك حقيقة ، وقد ، لا . وما لا ، فقد يقصد بتحصيله حصول مايضاف إليه الهلاك حقيقة ، وقد ، لا ، لأن الذي يضاف إليه الهلاك يسمى علّة ، والاتيان به ، مباشرة ، ومالا يضاف إليه الهلاك ويقصد بتحصيله مايضاف إليه ، يسمى سبباً ، والاتيان به ، تسبّباً . وهذا القصد والتوقع ، قد يكون لتأثيره بمجرّده فيه ، وهو علّة العلة ، وقد يكون بانضمام أمور إليه وهي غير بعيدة الحصول . فمن المباشرة : القتل ، والأكل ، والاحراق . ومن التسبب : الاكراه على إتلاف مال الغير . ومنه ما إذا حفر بئراً في محل عدوان ، فتردّت فيها بهيمة ، أو عبد ، أو حر ، فانرداه غيره ، فالضمان على المباشر المردي ، لأن المباشرة مقدمة على السبب ، وسيأتي تمام هذا وبيان محل العدوان في كتاب الجنايات إن شاء الله تعالى .

فرع

لو فتح رأس زقٍّ فضاع ما فيه ، نظر ، إن كان [مطروحاً] على الأرض فاندفق ما فيه بالفتح ، ضمن . وإن كان منتصباً لا يضيع ما فيه بالفتح لو بقي كذلك ، لكنه سقط ، نظر إن سقط بفعله بأن كان يحرك الوكاء ويجذبه حتى أفضى إلى السقوط ، ضمن ، وكذا لو سقط بما يقصد تحصيله بفعله ، بأن فتح رأسه ، فأخذ ما فيه في التقاطر شيئاً فشيئاً ، حتى ابتل أسفله وسقط ، ضمن . وإن سقط بعارض ، كزلزلة ، أو هبوب ريح ، أو وقوع طائر ، فلا ضمان . ولو فتح رأسه فأخذ مافيه في الخروج ، ثم جاء آخر ونكسه مستعجلاً ، فضمان الخارج بعد التنكس ، هل هو

عليهما كالجارحين ،أم على الثاني فقط كالحازّ مع الجارح ؟ فيه وجهان. أصحها: الثاني. هذا إذا كان ما في الزق مائعاً . فان كان جامداً فطلعت الشمس فأذابته وضاع ، أو ذاب بمرور الزمان وتأثير حرارة الريح [١] فيجب الضمان على الأصح . ويجري الوجهان ، فيما لو أزال أوراق العنب وجرّد عناقيده للشمس فأفسدتها ، وفيما لو ذبح شاة رجل فهلكت سخلتها ، أو حمامة فهلك فرخها ، لفقد ما يصلح لهما. ولو جاء آخر وقرّب ناراً من الجامد فذاب وضاع ، فوجهان . أحدهما : لا ضمان على واحد منهما ، وأصحهما : يضمن الثاني . ويجري الوجهان فيما لو قرّب الفاتح أيضاً النار ، وفيما لو كان رأس الزق مفتوحاً فجاء رجل وقرّب منه النار .

فرع

لو حلّ رباط سفينة فغرقت بالحَلّ ، ضمن ،ولو غرقت بحادث، كهبوب ريح أو غيره ، لم يضمن . وإن لم يظهر حادث ، فوجهان . وليكن الأمر كذلك في مسألة الزق إذا لم يظهر حادث لسقوطه .

فرع

فتح قفصاً عن طائر وهيّجه حتى طار ، ضمنه. فان لم يزد على الفتح ، فثلاثة أقوال . أظهرها : إن طار في الحال ، ضمن ، وإلا ، فلا . والثاني : يضمن مطلقاً . والثالث : لا يضمن مطلقاً .وفي ماجمع من فتاوى القفال-تفريعاً على وجوب الضمان إذا طار في الحال-: أنه لو وثبت هرة بمجرد فتح القفص ،ودخلته وقتلت الطائر ، لزمه الضمان ،لأنه في معنى إغراء الهرة،وأنه لو كان القفص مغلقاً فاضطرب بخروج الطائر وسقط فانكسر ، لزم الفاتح ضمانه. وأنه لو كسر الطائر في خروجه

(١) في « شرح الوجيز » : وتأثير حرارة الهواء .

قارورة رجل ، لزمه ضمانها،لأن فعل الطائر منسوب إليه ، وأنه لو كان شعير في جراب مشدود الرأس، وبجنبه حمار، ففتح رأسه فأكله الحمار في الحال ، لزم الفاتح ضمانه ،ولو حل رباط بهيمة، أو فتح باب الاصطبل فخرجت وضاعت ، فالحكم على ما ذكرنا في القفص . ولو خرجت في الحال وأتلفت زرع رجل ، قال القفال : إن كان نهاراً ، لم يضمن الفاتح ، وإن كان ليلاً ، ضمن، كدابة نفسه . وقال العراقيون : لا يضمن،إذ ليس عليه حفظ بهيمة الغير عن الزروع .

قلت : قطع ابن كج بما قاله القفال. والله أعلم

ولو حل قيد العبد المجنون،أو فتح باب السجن، فذهب ، فهو كما لو حل رباط البهيمة . وإن كان العبد عاقلاً ، نظر،إن لم يكن آبقاً ، فلا ضمان،لأن له اختياراً صحيحاً ،فذهابه محال عليه ، وإن كان آبقاً ، فلا ضمان أيضاً على الأصح ، وقيل: هو كحل رباط البهيمة ، ففيه التفصيل .

فرع

لو وقع طائر على جداره ،فنفّره ،لم يضمن،لأنه كان ممتنعاً قبله ، ولو رماه في الهواء فقتله ،ضمنه ،سواء هواء داره وغيره، إذ ليس له منع الطائر من هواء ملكه .

فرع

لو فتح باب الحرز فسرق غيرُه ، أو دَلّ سارقاً فسرق ، أو أمر غاصباً فغصب ، أو بنى داراً فألقت الريح فيها ثوباً وضاع ، فلا ضمان عليه . ولو حبس المالكَ عن ماشيته حتى تلفت ، فلا ضمان،لأنه لم يتصرف في المال ، كذا قالوه ،

ولعل صورته فيما إذا لم يقصد منعه عن الماشية،وإنما قصد حبسه فأفضى [الأمر]إلى هلاكها، لأن المتولي قال : لو كان له زرع ونخيل،وأراد سوق الماء إليها فمنعه ظالم من السقي حتى فسدت ، ففي الضمان الوجهان فيما لو فتح الزق عن جامد فذاب بالشمس وضاع .

قلت : الأصح في صورتي الحبس عن الماشية والسقي : أنه لا ضمان ، بخلاف فتح الزق لِما ذكرنا أنه لم يتصرف في المال. والله أعلم

ولو غصب هادي القطيع فتبعه القطيع ، أو غصب البقرة فتبعها العجل ، لم يضمن القطيعَ والعجلَ على الأصح .

فرع

لو نقل صبياً حراً إلى مَضْيَعَة ،فاتفق سَبُع فافترسه ، فلا ضمان لاحالة الهلاك على اختيار الحيوان ومباشرته (١). ولو نقله إلى مَسبعة فافترسه سبع ، فلا ضمان أيضاً ، هذا هو المذهب والمعروف في كتب الأصحاب ، وذكر الغزالي فيه وجهين، وليس بمعروف .

فصل

إثبات اليد العادية سبب للضمان ، وينقسم إلى مباشرة ،بأن يغصب الشيء فيأخذه من يد مالكه ، وإلى التسبب ،وهو في الأولاد وسائر الزوائد ، لأن إثبات اليد على الأصول سبب لاثباتها على الفروع ، فيكون ولد المغصوب وزوائده مغصوبة .

---

(١) في نسخ الظاهرية و « شرح الوجيز » :فلا ضمان ، إحالة للهلاك على اختيار الحيوان ومباشرته .

ثم إثبات اليد العادية يكون في المنقول والعقار . أما المنقول ، فالأصل فيه النقل ، لكن لو ركب دابة غيره ،أو جلس على فراش غيره ولم ينقله ، ففي كونه غاصباً ضامناً ، وجهان . أصحها : نعم ،سواء قصد الاستيلاء،أم لا . قال المتولي : وهذا إذا كان المالك غائباً، أما إذا كان حاضراً، فان أزعجه وجلس على الفراش ، أو لم يزعجه وكان بحيث يمنعه من رفعه والتصرف فيه ، فيضمنه قطعاً ، وقياس ما يأتي إن شاء الله تعالى في نظيره من العقار : أن لا يكون غاصباً إلا لنصفه . وأما العقار ، فان كان مالكه فيه ، فأزعجه ظالم ودخل الدار بأهله على هيئة من يقصد السكنى ، فهو غاصب ، سواء قصد الاستيلاء ، أم لا ، لأن وجود الاستيلاء يغني عن قصده. ولو سكن بيتاً من الدار ،ومنع المالك منه دون باقي الدار، فهو غاصب لذلك البيت دون باقي الدار. وإن أزعج المالك ولم يدخل الدار، فالمذهب والذي يدل عليه كلام جماهير الأصحاب : أنه غاصب،فلم يعتبروا في الغصب إلا الاستيلاء ومنع المالك عنه، وقال الغزالي: لا يكون غصباً ، واعتبر دخول الدار في غصبها ، وهو ضعيف . أما إذا لم يزعج المالك ، ولكن دخل واستولى معه ، فهو غاصب لنصف الدار ، لاجتماع يدهما واستيلائهما ، فان كان الداخل ضعيفاً ، والمالك قوي لا يعد مثله مستولياً عليه ، لم يكن غاصباً لشيء من الدار ، ولا اعتبار بقصد مالا يتمكن من تحقيقه . أما إذا لم يكن هناك مالك ، فدخل على قصد الاستيلاء ، فهو غاصب وإن كان ضعيفاً وصاحب الدار قوياً ، لأن الاستيلاء حاصل في الحال ، وأثر قوة المالك إنما هو سهولة إزالته والانتزاع من يده ، فصار كما لو سلب قلنسوة ملك ، فانه غاصب وإن سهل على المالك انتزاعها . وفي وجه : لا يكون غصباً ، لأن مثله في العرف يعد هزءاً ، ولا يعد استيلاءً ، وهو شاذ ضعيف . وإن دخل لا على قصد الاستيلاء ، بل لينظر ، هل يصلح له ، أو غير ذلك ؟ لم يكن غاصباً . قال المتولي : لكن لو انهدمت في تلك الحال ، هل يضمنها ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، كما لو أخذ منقولاً من

بين يدي مالكه لينظر هل يصلح له ليشتريه ، فتلف في تلك الحال ، فانه يضمنه . وأصحها : لا ، لأن اليـد على المنقول حقيقة (١) . ولو اقتطـع قطعة أرض ملاصقة لأرضه ، وبنى عليها حائطاً وأضافها إلى ملكه ، ضمنها ، لوجود الاستيلاء .

فصـــل

فيما إذا انبنت على يد الغاصب يد أخرى

قد سبق معظم مسائله في كتاب الرهن ،وحاصله :أن كل يد ترتبت على يد الغاصب ، فهي يد ضمان ،فيتخير المالك عند التلف،بين مطالبة الغاصب،ومَن ترتبت يده على يده ، سواء علم المغصوب أم لا ،لأنه أثبت يده على مال غيره بغير إذنه،فالجهل ليس مسقطاً للضمان . ثم الثاني، إن علم الغصب ، فهو غاصب من الغاصب ، فيطالَب بكل ما يطالب به الغاصب ، وإن تلف المغصوب في يده ، فقرار الضمان عليه . فاذا غرم ، لا يرجـع على الأول ، وإذا غرم الأول رجع عليه ، هذا إذا لم تختلف قيمته في يدهما ، أو كانت في يد الثاني أكثر ، فلو كانت في يد الأول أكثر ، لم يطالَب بالزيادة إلا الأول ،وتستقر عليه . أما إذا جهل الثاني الغصب ، فان كانت اليد في وضعها يد ضمان كالعارية ، استقر الضمان على الثاني . وإن كانت يد أمانة كالوديعة ، استقر على الغاصب على المذهب . وفي وجه : يستقر على المودع . وفي وجه : لا يطالب المودع أصلاً ، وقد سبق بيان هذا الفصل في أواخر الباب الثالث من كتاب الرهن بزيادة على هذا، والقرض معدود من أيدي الضمان . ولو وهب المغصوب ، فهل القرار على الغاصب لأنها (٢) ليست يد ضمان ، أم على المتهب لأنه أخذه للتملك ؟ قولان . أظهرهما :الثاني.

---

(١) في نسخ الظاهرية لأن اليد على المنقول حقيقية .   (٢) أي : اليد .

ولو زوج المغصوبة فتلفت عند الزوج ، فالمذهب : أنه لا يطالَب الزوج بقيمتها قطعاً . وقيل : كالمودَع .

فرع

إذا أتلف القابض من الغاصب ، نظر ، إن استقل بالاتلاف ، فقرار الضمان عليه . وإن حمله الغاصب عليه ، بأن غصب طعاماً فقدَّمه إليه ضيافة فأكله ، فالقرار على الآكل إن كان عالماً ، وكذا إن كان جاهلاً على الأظهر المشهور في الجديد . فعلى هذا ، إن ضمنه ، لم يرجع على الغاصب ، وإن ضمن الغاصب ، رجع عليه . وعلى القول الآخر بالعكس ، هذا إذا قدمه إليه وسكت . فان قال : هو ملكي، فان ضمن الآكل ، ففي رجوعه على الغاصب القولان . وإن ضمن الغاصب ، فالمذهب: أنه لا يرجع قطعاً ، لأنه معترف بأنه مظلوم ، فلا يرجع على غير ظالمه . وقال المزني: يرجع عليه، وغلَّطه الأصحاب . ولو وهب المغصوب فأتلفه المتهب ، فالقولان ، وأولى بالاستقرار على المتهب .

فرع

لو قدم الطعام المغصوب إلى عبد إنسان فأكله ، فان جعلنا القرار على الحر الآكل ، فهذه جناية من العبد يباع فيها ، وإلا ، فلا يباع ، وإنما يطالب الغاصب كما لو قدم شعيراً مغصوباً إلى بهيمة بغير إذن مالكها .

فرع

غصب شاة وأمر قصاباً بذبحها جاهلاً بالحال ، فقرار ضمان النقص على الغاصب،

ولا يخرج على القولين في آكل الطعام ، لأنه ذبح للغاصب ، وهناك انتفع بأكله .

فرع

لو أمر الغاصب رجلاً باتلاف المغصوب بالقتل والاحراق ونحوهما ، ففعله جاهلاً بالغصب ، فالمذهب : القطع بالاستقرار على المتلف ، لأنه حرام ، بخلاف الآكل ، ولا أثر للتغرير مع التحريم ، وقيل على القولين .

فرع

قدم المغصوب إلى مالكه ، فأكله جاهلاً بالحال ، فان قلنا في التقديم إلى الاجنبي : القرار على الغاصب ، لم يبرأ من الضمان ، وإلا ، فيبرأ ، وربما نصر العراقيون الاول . ونقل الامام عن الاصحاب أن البراءة هنا أولى من الاستقرار على الآكل. ولو أودعه للمالك ، أو رهنه [عنده] ، أو أجره إياه جاهلاً بالحال ، فتلف عنده ، لم يبرأ من الضمان على المذهب ، وقيل بالقولين . ولو باعه للمالك ، أو أقرضه ، أو أعاره فتلف عنده ، برىء الغاصب . ولو دخل المالك دار الغاصب ، فأكل طعاماً يظنه للغاصب ، فكان هو المغصوب ، برىء الغاصب . ولو صال العبد المغصوب على مالكه، فقتله المالك للدفع ، لم يبرأ الغاصب ، سواء علم أنه عبده ، أم لا ، لأن الاتلاف بهذه الجهة كاتلاف العبد نفسه ، ولهذا لو كان العبد لغيره ، لم يضمنه . وفي وجه: يبرأ عند العلم ، لاتلافه مال نفسه لمصلحته ، وهو ضعيف .

فرع

زوّج المغصوبة بمالكها جاهلاً ، فتلفت عنده ، فهو كما لو أودعها عنده فتلفت ،

فلو استولدها ، نفذ الاستيلاد وبرىء الغاصب على المذهب . ولو قال الغاصب للمالك: أعتق هذا ، فأعتقه جاهلاً ، نفذ العتق على الأصح ، لأنه لا يبطل بالجهل ، فعلى هذا، يبرأ الغاصب على الأصح ، لعود مصلحة العتق إليه . وعلى الثاني : لا يبرأ ، فيطالبه بقيمته . ولو قال : أعتقه عني ، ففعل جاهلاً ، ففي نفوذ العتق وجهان ، إن نفذ ،ففي وقوعه عن الغاصب ، وجهان . الصحيح : المنع . ولو قال المالك للغاصب : أعتقه عني ، أو مطلقاً ، فأعتقه ، عتق وبرىء الغاصب [١] .

الطرف الثاني : في المضمون ، قال الأصحاب رحمهم الله : المضمون هو المعصوم، وهو قسمان .

أحدهما : ما ليس بمال ، وهو الاحرار ، فيضمنون بالجناية على النفس والطرف، بالمباشرة تارة ، وبالتسبب أخرى ، وتفصيله في كتاب الديات .

الثاني : ما هو مال ، وهو نوعان : أعيان ، ومنافع . والأعيان ضربان : حيوان وغيره . والحيوان صنفان : آدمي وغيره .

أما الآدمي : فيضمن النفس والطرف من الرقيق بالجناية كما يضمن الحر ، ويضمن أيضاً باليد العادية . وبدل نفسه : قيمتُه بالغة ما بلغت ، سواء قتل أو تلف تحت اليد العادية . وأما الأطراف والجراحات ، فما كان منها لا يتقدر واجبه في في الُحر ، فواجبه في الرقيق ما نقص من قيمته ، سواء حصل بالجناية ، أم فات تحت اليد العادية ، وما كان مقدراً في الحر ، ينظر ، إن حصل بجناية ، فقولان. الجديد الأظهر : أنه يتقدر من الرقيق أيضاً ، والقيمة في حقه كالدية في حق الحر ، فيجب في يد العبد نصف قيمته ، كما يجب في يد الحر نصف ديته ، وعلى هذا القياس. والقديم : الواجب ما نقص من قيمته كسائر الاموال . وأما ما يتلف تحت اليد العادية، كمن غصب عبداً فسقطت يده بآفة سماوية ، فالواجب فيه ما نقص على الصحيح . وفي وجه : إن كان النقص أقل من المقدّر ، وجب ما يجب على الجاني ، فعلى

---

(١) في الأصل : فأعتقه عنه ، برىء الغاصب.وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و«شرح الوجيز».

الجديد : لو قطع الغاصب يد المغصوب ، لزمه أكثر الأمرين من نصف القيمة والارش . ولو قطع يديه ، فعليه كال القيمة . وكذا لو قطع أنثييه ، فزادت قيمته. ولو كان الناقص بقطع الغاصب ثلثي قيمته ، وجب ثلثا قيمته على القولين . أما على القديم ، فلأنه قدر النقص . وأما على الجديد ، فالنصف بالجناية ، والسدس باليد العادية .ولو كان النقص بسقوط اليد بآفة ثلث القيمة ، فهو الواجب على القديم ، وكذا على الجديد تفريعاً على الصحيح ، وعلى الوجه الآخر : الواجب نصف قيمته . والمكاتب ، والمستولدة ، والمدبَّر ، حكمهم في الضمان حكم القن .

الصنف الثاني : غير الآدمي من الحيوان ، فيجب فيه باليد والجناية قيمته ، وفي ماتلف من أجزائه ما نقص من قيمته ، ويستوي فيه الخيل، والابل، والحمير ، وغيرها .

الضرب الثاني : غير الحيوان ، وهو منقسم إلى مثلي ومتقوّم ، وسيأتي ضبطها وحكمها في الطرف الثالث إن شاء الله تعالى .

النوع الثاني : المنافع ،وهي أصناف .

منها : منافع الاموال من العبيد والثياب والارض وغيرها ،وهي مضمونة بالتفويت. والفوات تحت اليد العادية ، فكل عين لها منفعة تستأجر لها ، يضمن منفعتها إذا بقيت في يده مدة لها أجرة، حتى لو غصب كتاباً وأمسكه مدة وطالعه، أو مسكاً فشمّه، أو لم يشمه ، لزمه أجرته . ولو كان العبد المغصوب يعرف صنائع ، لزمه أجرة أعلاها أجرة ، ولا يلزمه أجر الجميع . ولو استأجر عيناً لمنفعة ،فاستعملها في غيرها ، ضمنها .

قلت : ذكر القاضي أبو الطيب في تعليقه ، أنه لو غصب أرضاً ولم يزرعها، وهي مما تنقص بترك الزرع كأرض البصرة وشبهها فانها إذا لم تزرع نبت فيها

الدغل والحشيش ، كان عليه رد الحشيش وأجرة الارض،ولم يذكر القاضي أرش النقص . والظاهر :أنه يجب . والله أعلم

ومنهـا : منفعة البُضْع ، فلا تضمن بالفوات تحت اليـد ، لان اليد لا تثبت عليها ، ولهذا يزوج السيد المغصوبة ،ولا يؤجرها، كما لا يبيعها ، وكذا لو تداعى رجلان نكاح امرأة ، ادعيا عليها ، ولا يدعي كل واحد منهما على الآخر وإن كانت عنده . وإذا أقرت لأحدهما ، حـكم بأنها زوجتُه ، وذلك يدل على أن اليد لها ، ولأن منفعة البضع تُستحق استحقاق ارتفاق للحاجة ، وسائر المنافع تُستحق استحقاق ملك تام . ولهذا ، من ملك منفعة بالاستئجار ، ملك نقلها إلى غيره بعوض أو بغيره . والزوج لا يملك، نقل منفعة البضع . فأما إذا فوت منفعة البضع بالوطء ، فيضمن مهر المثل ، وسيأتي تفريعه في الفصل الثالث من الباب الثاني إن شاء الله تعالى .

ومنهـا : منفعة بدن الحر ، وهي مضمونة بالتفويت . فاذا قهر حراً وسخَّره في عمل ، ضمن أجرته . وإن حبسه وعطل منافعه ، لم يضمنها على الأصح ، لأن الحر لا يدخل تحت اليد ، فمنافعه تفوت تحت يده ، بخلاف المال ، وقال ابن أبي هريرة: يضمنها . ويقرب من الوجهين الخلاف في صورتين . إحداهما : لو استأجر حراً وأراد أن يؤجره ، هل له ذلك ؟ والثانية : إذا أسلم الحر المستأجَر نفسَه ، ولم يستعمله المستأجر إلى انقضاء المدة التي استأجره فيها ، هل تتقرر أجرته ؟ قال الأكثرون: له أن يؤجّره وتتقرر أجرته . وقال القفال : لا يؤجره ولا تتقرر أجرته ، لأن الحر لا يدخل تحت اليد ، ولا تحصل منافعه في يد المستأجر ، ويدخل في ضمـانه إلا عند وجودها ، هـكذا ذكر الأصحاب [توجيه] الخلاف في المسائل الثلاث ، ولم يجعلوا دخول الحر تحت اليد مختلفاً فيه ، بل اتفقوا على عدمه ، ولكن من جوَّز إجارة

المستأجَر ، وقرر الأجرة ، بنى الأمر على الحاجة والمصلحة ، وجعل الغزالي الخلاف في المسائل مبنياً على التردد في دخوله تحت اليد ، ولم نر ذلك لغيره .

فرع

في دخول ثياب الحر في ضمان مَن استولى عليه ، تفصيل مذكور في كتاب السرقة.

فرع

قال المتولي : لو نقل حراً صغيراً أو كبيراً بالقهر إلى موضع ، فان لم يكن له غرض في الرجوع إلى الوضع الأول ، فلا شيء عليه . وإن كان واحتاج إلى مؤنة، فهي على الناقل ، لتعدّيه .

ومنها : منفعة الكلب ، فمن غصب كلب صيد أو حراسة ،لزمه رده مع مؤنة الرد إن كان له مؤنة . وهل تلزمه أجرة منفعته ؟ وجهان ، بناءً على جواز إجارته . وفيما اصطاده الغاصب بالكلب المغصوب ، وجهان . أحدهما: للمالك ، كصيد العبد وكسبه . وأصحها : للغاصب ، كما لو غصب شبكة أو قوساً واصطاد بهما ، فانه للغاصب . ويجري الوجهان ، فيما لو اصطاد بالبازي والفهد المغصوبين . وحيث كان الصيد للغاصب ، لزمه أجرة مثل المغصوب . وحيث كان للمالك كصيد العبد ، ففي وجوب الاجرة لزمن الاصطياد وجهان . أصحها : الوجوب ، لانه ربما كان يستعمله في شغل آخر .

قلت : والوجهان فيما إذا لم تنقص قيمة الصيد عن الاجرة ، فان نقصت ،وجب الناقص قطعاً . والله أعلم

فرع

المغصوب ، إذا دخله نقص ، هل يجب أرشه مع الأجرة ؟ نظر ، إن كان النقص بسبب غير الاستعمال ، بأن غصب ثوباً أو عبداً ، فنقصت قيمته بآفة سماوية كسقوط عضو العبد بمرض ، وجب الأرش مع الأجرة ، ثم الأجرة الواجبة لِما قبل حدوث النقص ، أجرة مثله سليماً ، ولِما بعده ، أجرة مثله معيباً . وإن كان النقص بسبب الاستعمال ، بأن لبس الثوب فأبلاه ، فوجهان . أصحهما : يجبـان ، والثاني : لا يجب إلا أكثر الأمرين من أجرة المثل وأرش النقص .

فرع

سيأتي إن شاء الله تعالى ، أن العبد المغصوب إذا تعذر ردّه بآفة ، غرم الغاصب قيمته للحيلولة ، وتلزمه مـــع ذلك أجرة المثل للمدة الماضية قبل بذل القيمـة ، وفيما بعدها ، وجهان . أصحهما : الوجوب ، لبقـاء حـكم الغصب . ويجري الوجهان في أن الزوائد الحاصلة بعد دفـع القيمة ، هل تكون مضمونة على الغـاصب؟ وفي أنه هل يلزمه مؤنة ردها ؟ وفي أن جناية الآبق في إباقه ، هل يتعلق ضمانها بالغاصب ؟ ولو غيب الغاصب المغصوب إلى مكان بعيد ، وعسر ردّه ، وغرم القيمة ، قال الامام : وطرّد شيخي في هذه الصورة ، الخلاف في الأحكام المذكورة ، ومنهم من قطع بوجوب الاجرة وثبوت سائر الأحكام . والفرق ، أنه إذا غيبه باختياره ، فهو باقٍ في يده وتصرفه ، فلا ينقطع عنه الضمان .

فرع [١]

الخمر والخنزير ، لا يضمنان [لا] لمسلم ولا لذمي، سواء أراق حيث تجوز الاراقة ، أم حيث لا تجوز. ثم خمور أهل الذمة لا تراق إلا إذا تظاهروا بشربها أو بيعها . ولو غصبت منهم والعين باقية ، وجب ردها ، وإن غصبت من مسلم ، وجب ردها إن كانت محترمة، وإن لم تكن محترمة ، لم يجب، بل تراق .

فرع

آلات الملاهي كالبربط والطنبور وغيرها ، وكذا الصنم والصليب ، لا يجب في إبطالها شيء ، لأنها محرمة الاستعمال ، ولا حرمة لتلك الصنعة . وفي الحد المشروع في إبطالها ، وجهان . أحدهما : تكسر وترضض حتى تنتهي إلى حدٍّ لا يمكن اتخاذ آلة محرمة منها ، لا الاولى ولا غيرها. وأصحها : لا تكسر الكسر الفاحش لكن تفصّل . وفي حد التفصيل وجهان . أحدهما : قدر لا يصلح معه للاستعمال المحرم، حتى إذا رفع وجه البربط وبقي على صورة قصعة، كفى . والثاني : أن يفصل إلى حد [حتى] لو فرض اتخاذ آلة محرمة من مفصلها لنال الصانع التعب الذي يناله في ابتداء الاتخاذ ، وهذا بأن يبطل تأليف الأجزاء كلها حتى تعود كما كانت قبل التأليف ، وهذا أقرب إلى كلام الشافعي رضي الله عنه وجماهير الاصحاب. ثم ما ذكرناه من الاقتصار [٢] على تفصيل الأجزاء، هو فيما إذا تمكن المحتسب منه ، أما

---

(١) في نسخ الظاهرية : فصل . (٢) في الأصل : « على الاقتصار » .

إذا منعه من في يده ودافعه عن المنكر ، فله إبطاله بالكسر قطعاً . وحكى الامام اتفاق الأصحاب على أن قطع الاوتار لا يكفي لانها مجاورة لها منفصلة . ومن اقتصر في إبطالها على الحد المشروع ، فلا شيء عليه . ومن جاوزه ، فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة بالحد المشروع ، وبين قيمتها منتهية إلى الحد الذي أتى به . وإن أحرقها فعليه قيمتها مكسورة الحد المشروع .

قلت : قال الغزالي في « البسيط » : أجمعوا على أنه لا يجوز إحراقها ، لأن رضاضها متمول . ومما يتعلق بهذا الفصل ، أن الرجل ، والمرأة ، والعبد ، والفاسق ، والصبي المميز ، يشتركون في جواز الاقدام على إزالة هذا المنكر وسائر المنكرات ، ويثاب الصبي عليها كما يثاب البالغ ، ولكن إنما تجب إزالته على المكلف القادر . قال الغزالي في « الاحياء » : وليس لأحد منع الصبي من كسر الملاهي وإراقة الخمور وغيرها من المنكرات ، كما ليس له منع البالغ ، فان الصبي وإن لم يكن مكلفاً ، فهو من أهل القُرب ، وليس هذا من الولايات ، ولهذا يجوز للعبد والمرأة وآحاد الرعية ، وسيأتي ذلك مبسوطاً مع ما يتعلق به في كتاب « السِّيَرَ » إن شاء الله تعالى . والله أعلم

الطرف الثالث : في قدر الواجب ، فما كان مثلياً ، ضمن بمثله . وما كان متقوماً ، فبالقيمة . وفي ضبط المثلي أوجه ، أحدها : كل مقدر بكيل أو وزن فهو مثلي ، وينسب هذا إلى نص الشافعي رضي الله عنه ، لقوله في « المختصر » : وما له كيل أو وزن ، فعليه مثل كيله أو وزنه . والثاني : يزاد مع هذا جواز السلم فيه. والثالث : زاد القفال وآخرون اشتراك جواز بيع بعضه ببعض . والرابع : ما يقسم بين الشريكين من غير تقويم . والخامس ، قاله العراقيون : المثلي ما [لا] تختلف أجزاء النوع منه في القيمة ، وربما قيل في الجرم والقيمة . ويقرب منه قولُ : من

قال : المثلي : المتشاكل في القيمة [١] ومعظم المنافع . وما اختاره الامام، هو تساوي الأجزاء في المنفعة والقيمة ، فزاد المنفعة ، واختاره الغزالي ، وزاد من حيث الذات لا من حيث الصنعة . والوجه الأول منقوض بالمعجونات . والثالث : بعيد عن اختيار أكثر الأصحاب لأنهم أعرضوا عن هذا الشرط ، وقالوا : امتناع بيع بعضه [ببعض] لرعاية الكمال في حال التماثل بمعزل عما نحن فيه . والرابع : لا حاصل له، فانه منتقض بالأرض المتساوية ، فانها تنقسم كذلك ، وليست مثلية . والخامس : ضعيف أيضاً منتقض بأشياء ، فالأصح الوجه الثاني، لكن الأحسن أن يقال : المثلي : ما يحصره كيل أو وزن ، ويجوز السلم فيه ، ولا يقال : مكيل أو موزون ، لأن المفهوم منه مايعتاد كيله ووزنه ، فيخرج منه الماء وهو مثلي [٢] ، وكذا التراب وهو مثلي على الأصح . ويحصل من الخلاف اختلاف في الصفر ، والنحاس ، والحديد ، لأن أجزاءها مختلفة الجواهر ، وكذا في التبر ، والسبيكة ، والمسك ، والعنبر ، والكافور ، والثلج ، والجَمْد ، والقطن ، مثل ذلك . وفي العنب والرطب وسائر الفواكه الرطبة لامتناع بيع بعضها ببعض ، وكذا الدقيق . والأصح : أنها كلها مثلية . وفي السكر والفانيذ[٣] والعسل المصفى بالنار واللحم الطري ، للخلاف في جواز بيع كل منها بجنسه ، وفي الخبز ، لامتناع بيع بعضه ببعض ، وأيضاً الخلاف في جواز السلم فيه . وأما

---

(١) في نسخ الظاهرية و « شرح الوجيز » : المثلي المتشاكل في الخلقة .

(٢) وعلى هامش الأصل ما نصه : قوله : فيخرج منه الماء وهو مثلي ، مقتضى كلامه في « الروضة» تبعاً الرافعي في آخر « إحياء الموات »أن الماء متقوم، حيث قالا : فرع : سقى أرضه بماء مملوك لغيره ، فالغلة لصاحب البذر . وعليه قيمة الماء . انتهى. فلو كان مثلياً يرد مثله لا قيمته « عمدة » قال صاحب « المهمات » هذا سهو ، والصواب ايجاب مثل الماء ، لا قيمته . وليعلم أن المراد بالماء ، هو الماء البارد ، لا الحار ، فانه متقوم ، لدخول النار فيه، ودرجات حره لا تنضبط، كذا ذكره ابن الرفعة في مطلبه في كتاب الاجارة في الكلام على دخول الحمام « عمدة ».

(٣) الفانيذ : نوع من الحلوى .

الحبوب ، والأدهان ، والألبان ، والسمن ، والمخيض ، والخل الذي ليس فيه ماء، والزبيب ، والتمر ، ونحوها ، فمثلية بالاتفاق . والدراهم ، والدنانير الخالصة ، مثلية. ومقتضى العبارة الثانية ، جريان خلاف فيها ، لأن في السلم فيها خلافاً سبق .

قلت : الصواب المعروف الذي قطع به الأصحاب : أنها مثلية . **والله أعلم**

وفي المكسرة ، الخلاف في التبر والسبيكة ، أما الدراهم والدنانير المغشوشة ، فقال المتولي : إن جوزنا المعاملة بها ، فمثلية ، وإلا، فمتقومة .

فصل

إذا غصب مثلياً وتلف في يده ، والمثل موجود ، فلم يسلمه حتى فقد ، أخذت منه القيمة . والمراد بالفقدان :[أن] لا يوجد في ذلك البلد وحواليه على ما سبق في انقطاع المسلم فيه ، وفي القيمة المعتبرة أحد عشر وجهاً . أصحها : يجب أقصى القيم من يوم الغصب إلى الاعواز . والثاني : أقصاها من الغصب إلى التلف .والثالث: أقصاها من التلف إلى الاعواز ، وربما بني هذان الوجهان على أن الواجب عند إعواز المثل ، هل هو قيمة المغصوب لأنه الذي أتلف على المالك ، أم قيمة المثل لأنه الواجب عند التلف ، وفيه وجهان لأبي الطيب ابن سلمة . والرابع : أقصاها من الغصب إلى تغريم القيمة والمطالبة بها . والخامس : أقصاها من الاعواز إلى المطالبة. والسادس : أقصاها من تلف المغصوب إلى المطالبة . والسابع : قيمته يوم التلف. والثامن : يوم الاعواز ، اختاره أبو علي الزجاجي ، بضم الزاي ، والحناطي ، بالحاء المهملة ، والماوردي ، وأبو خلف السُّلَمي . والتاسع : يوم المطالبة . والعاشر: إن كان منقطعاً في جميع البلاد ، فقيمة يوم الاعواز . وإن فقد هناك فقط ، فقيمة يوم الحكم بالقيمة . والحادي عشر : حكي عن الشيخ أبي حامد إن ثبت عنه : قيمةُ يوم

أخذ القيمة، لا يوم المطالبة، ولو غصب مثلياً فتلف والمثل مفقود، فالقياس: أنه يجب على الوجه الاول. والثاني: أقصى القيم من الغصب إلى التلف. وعلى الثالث والسابع والثامن: [قيمة] يوم التلف، وأن يعود. والرابع والسادس والتاسع بحالها. وعلى الخامس أقصى القيم من التلف إلى يوم التقويم (١). والعاشر بحاله.

قلت: والحادي عشر بحاله. **والله أعلم**

ولو أتلف لرجل مثلياً بلا غصب، وكان المثل موجوداً فلم يسلمه حتى فقد، فعلى الوجه الثاني: قيمة يوم الاتلاف وعلى الأول والثالث: أقصى القيم من الاتلاف إلى الاعواز. وعلى الرابع: من الاتلاف إلى التقويم (١). والقياس: عود الأوجه الباقية. ولو أتلفه والمثل مفقود، فالقياس أن يقال: على الأوجه الثلاثة الأوائل، والسابع والثامن: تجب قيمة يوم الاتلاف. وعلى الرابع والخامس والسادس: أقصى القيم من الاتلاف إلى التقويم (١). وعلى التاسع: قيمة يوم التقويم (١). وعلى العاشر: إن كان مفقوداً في جميع البلاد، فيوم الاتلاف، وإلا، فيوم التغريم.

فرع

متى غرم الغاصب أو المتلف القيمة لاعواز المثل، ثم وجد المثل، هل للمالك رد القيمة وطلب المثل؟ وجهان. أصحهما: لا.

قلت: ويجريان، في أن الغاصب والمتلف، هل لهما رد المثل وطلب القيمة. **والله أعلم**

(١) في نسخ الظاهرية و «شرح الوجيز»: التغريم.

فرع

في أن المثلي ، هل يؤخذ مثله مع اختلاف الزمان والمكان

أما المكان ؛فاذا غصب مثلياً ونقله إلى بلد آخر ، كان المالك أن يكلفه رده ، وله أن يطالبه بالقيمة في الحال للحيلولة . ثم إذا رده الغاصب ،رد القيمة واسترده . فلو تلف في البلد المنقول إليه ، طالبه بمثله حيث ظفر به من البلدين لتوجه الطلب عليه برد العين في الموضعين . فان فقد المثل ، غرمه [قيمة] أكثر البلدين قيمة . ولو أتلف مثلياً أو غصبه وتلف عنده في بلد ، ثم ظفر به في آخر ، هل له مطالبته بالمثل ؟ فيه ثلاثة أوجه . الصحيح الذي قطع به الأكثرون : إن كان مما لا مؤنة لنقله كالدراهم والدنانير ، فله المطالبة بالمثل ، وإلا ،لم يكن له طلب المثل ، ولا للغارم تكليفه قبوله لما فيه من الضرر ، وللمالك أن يغرمه قيمة بلد التلف ، فان تراضيا على المثل ،لم يكن له تكليفه مؤنة النقل . والوجه الثاني : يطالبه بالمثل . وإن لزمت مؤنة وزادت القيمة كما لو أتلف مثلياً في وقت الرخص ، له طلب المثل في الغلاء . والثالث : إن كانت قيمة ذلك البلد لاتزيد على قيمة بلد التلف ، طالبه بالمثل ، وإلا ، فلا . وإذا قلنا بالمنع ، فأخذ القيمة،ثم اجتمعا في بلد التلف ، هل للمالك رد القيمة وطلب المثل ؟ وهل لصاحبه استرداد القيمة وبذل المثل ؟ فيه الوجهان فيما لو غرم القيمة لاعواز المثل . ولو نقل المغصوب المثلي إلى بلد ، وتلف هناك ، أو أتلفه ثم ظفر به المالك في بلد ثالث وقلنا : إنه لايطالب بالمثل في غير موضع التلف ، فله أخذ قيمة أكثر البلدين قيمة . وأما إذا اختلف الزمان ، فله المطالبة بالمثل وإن زادت القيمة ،وليس له إلا ذلك وإن نقصت القيمة . هذا كله إذا لم يخرج المثل باختلاف الزمان والمكان عن أن يكون له قيمة ومالية . فأما إن خرج بأن أتلف ماء في مفازة ، ثم اجتمعا على شط نهر أو في بلد ، أو أتلف عليه الجَمْد في الصيف ،واجتمعا في الشتاء ، فليس المتلف بذل المثل،بل عليه قيمة المثل في مثل تلك المفازة،[وفي الصيف ،وإذا غرم القيمة ثم اجتمعا في مثل تلك المفازة] أو في الصيف،

فهل يثبت التّرادّ ؟ فيه الوجهان. وأما المسلم إليه والمقترض، إذا ظفر به المالك في بلد آخر ، ففي مطالبته كلام سبق في كتاب السلم .

قلت : ولو قال المستحق : لا آخذ القيمة بل انتظر وجود المثل ، فله ذلك، نقله في « البيان » ،ويحتمل أن يجيء فيه الخلاف ، في أن صاحب الحق إذا امتنع من قبضه ، هل يجبر ، ويمكن الفرق . ولو لم يأخذ القيمة حتى وجد المثل ، تعين قطعاً . والله أعلم

فصل

الذهب والفضة ، إن كانا مضروبين ، فقد سبق أنهما مثليان ، وإلا ، فان كان فيهما صنعة بأن أتلف حلياً وزنه عشرة وقيمته عشرون ، فأربعة أوجه . أحدها : يضمن العين بوزنها من جنسها، والصنعة بقيمتها من غير جنسها،سواء كان ذلك نقد البلد،أم لا ، لأنا لو ضمناه الجميع بالجنس لقابلنا عشرة بعشرين وذلك ربا . والثاني : يضمن العين بوزنها من جنسها ، والصنعة بنقد البلد ، كما لو أتلف الصنعة وحدها بكسر،يضمن بنقد البلد،سواء كان من جنس المكسور،أم لا.والثالث: يضمن الكل بغير جنسه تحرزاً عن الفاضل،وعن اختلاف الجنس في أحد الطرفين. والرابع ، وهو أصحها : يضمن الجميع بنقد البلد وإن كان من جنسه ، ولا يلزم من ذلك الربا،فانه إنما يجري في العقود لا في هذه الغرامات ، هكذا نقل الجمهور، وأحسن منه ترتيب البغوي ، وهو أن صنعة الحلي متقومة ، وفي ذاته الوجهان السابقان في التبر . فان قلنا : متقوم ، ضمن الكل بنقد البلد كيف كان ، وإن قلنا : مثلي ، فوجهان . أحدهما : يضمن الجميع بغير جنسه . وأصحهما : يضمن الوزن بالمثل ، والصنعة بنقد البلد،سواء كان من جنسه، أم من غيره . ولو أتلف

إناء من ذهب أو فضة ، فان جوزنا اتخاذه ، فهو كما لو أتلف حلياً، وإن منعناه ، فهو كاتلاف مالا صنعة له . ولو أتلف مالاصنعة فيه كالتبر والسبيكة . فان قلنا : هو مثلي ، ضمن مثله ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : يضمن قيمته بنقد البلد ،سواء كان من جنسه، أم لا كسائر المتقومات . والثاني : أن الجواب كذلك ، إلا إذا كان نقد البلد من جنسه ، وكانت القيمة تزيد على الوزن ،فحينئذ يقوم بغير الجنس ويضمن به ،وهذا اختيار العراقيين .

فصل

إذا تغير المغصوب ، فقد يكون متقوماً ثم يصير مثلياً ، وعكسه، ومثلياً فيهما، ومتقوماً فيهما .

الحال الأول : كمن غصب رُطَباً وقلنا : إنه متقوم فصار تمراً،ثم تلف عنده، فوجهان . أحدهما ،وبه قطع العراقيون : يضمن مثل التمر ، لأنه أقرب إلى الحق، وأشبهها ،وبه قطع البغوي:إن كان الرطب أكثر قيمة ،لزمه قيمته لئلا تضيع الزيادة، وإن كان التمر أكثر أو استويا ،لزمه المثل،واختار الغزالي أنه يتخير بين مثل التمر وقيمة الرطب .

الحال الثاني : كمن غصب حنطة فطحنها ، وتلف الدقيق عنده أو جعله خبزاً وأتلفه ، وقلنا : لامثل للدقيق والخبز ، أو تمراً واتخذ منه خلاً بالماء ، فعلى قول العراقيين : يضمن المثل وهو الحنطة والتمر ، وعلى ما قطع به البغوي : إن كان المتقوم أكثر قيمة ، غرمها ، وإلا فالمثل ، وعن القاضي حسين : يغرم أكثر القيم ،وليس للمالك مطالبته بالمثل . فعلى هذا ، إذا قيل : من غصب حنطة في الغلاء فتلف المغصوب عنده ، ثم طالبه المالك في الرخص ، فهل يغرمه المثل أو القيمة ، لم يصح

إطلاق الجواب بواحد منها ، بل الصواب أن يقال : إن تلفت وهي حنطة ، غرم المثل . وإن صار إلى حالة التقويم ثم تلف ، فالقيمة .

الحال الثالث : كمن غصب سمسماً فاتخذ منه شيرجاً ثم تلف عنده ، قال العراقيون والغزالي : يغرمه المالك ما شاء منهما . وقال البغوي : إن كان قيمة أحدهما أكثر ، غرم مثله ، وإلا ، فيتخير المالك ما شاء منهما .

الحال الرابع : يجب فيه أقصى القيم .

فرع

إذا لزمه المثل ، لزمه تحصيله إن وجده بثمن المثل . فان لم يجده إلا بزيادة ، فوجهان . أصحهما عند البغوي ، والروياني : يلزمه المثل ، لأن المثل كالعين ، ويجب رد العين وإن لزم في مؤنته أضعاف قيمته . وأصحهما عند آخرين ، منهم الغزالي : لا يلزمه تحصيله ، لأن الموجود بأكثر من ثمنه كالمعدوم ، كالرقبة ، وماء الطهارة ، ويخالف العين ، فانه تعدى فيها دون المثل .

قلت : هذا الثاني أصح ، وقد صححه أيضاً الشاشي . والله أعلم

فصل

غصب متقوماً فتلف عنده ، لزمه أقصى قيمته من يوم غصبه إلى تلفه ، وتجب قيمته من نقد البلد الذي تلف فيه ، فلو كانت مائة فصارت مائتين ، ثم عادت بالرخص إلى خمسين ، ثم تلف ، لزمه مائتان . ولو تكرر ارتفاع السعر وانخفاضه ، لم يضمن كل زيادة ، وإنما يضمن الأكثر ، ولا أثر لارتفاع السعر بعد التلف

قطعاً . ولو أتلف متقوماً بلا غصب ، لزمه قيمته يوم الاتلاف . فان حصل التلف بتدرج وسراية ، واختلفت قيمته في تلك المدة بأن جنى على بهيمة قيمتها مائة يومئذ، ثم هلكت وقيمة مثلها خمسون ، فقال القفال : يلزمه المائة ، لأنا إذا اعتبرنا الأقصى في اليد العادية ، ففي نفس الاتلاف أولى .

فرع

لو لم يهلك المغصوب ، لكن أبق ، أو غيَّبه الغاصب ، أو ضلَّت الدابة ، أو ضاع الثوب ، فللمالك أن يضمِّنه القيمة في الحال للحيلولة . والاعتبار بأقصى القيم من الغصب إلى المطالبة ، وليس للغاصب أن يلزمه قبول القيمة ، لأن قيمة الحيلولة ليست حقاً ثابتاً في الذمة حتى يُجبر على قبوله ، أو الابراء منه ، بل او أبرأه المالك عنها ، لم ينفذ .وفي وجه : هي كالحقوق المستقرة ، وهو شاذ . ثم القيمة المأخوذة ، يملكها المالك كما يملك عند التلف ،وينفذ تصرفه فيها،ولا يملك الغاصب المغصوب، فاذا ظفر بالمغصوب ، فللمالك استرداده ورد القيمة ، وللغاصب رده واسترداد القيمة . وهل له حبس المغصوب إلى أن يستردها ؟ حكى القاضي حسين عن نص الشافعي رضي الله عنه : أن له ذلك ، كما حكى ثبوت الحبس للمشتري في الشراء الفاسد لاسترداد الثمن،لكن سبق في البيع ذكر الخلاف في ثبوت الحبس المشتري،وذكرنا أن الأصح :المنع ، ويشبه أن يكون حبس الغاصب في معناه ، والمنع هو اختيار الامام في الموضعين . وإذا كانت الدراهم المبذولة بعينها باقية في يد المالك ، فالشيخ أبي محمد تردد في أنه هل يجوز للمالك إمساكها وغرامة مثلها ، أم لا .

قلت : الأقوى : أنه لا يجوز . والله أعلم

ولو اتفقا على ترك التراد ، فلا بد من بيع ليصير المغصوب للغاصب ، ثم التضمين

للحيلولة ، لا يختص بالمتقومات ، بل يثبت في كل مغصوب خرج من اليد وتعذر رده.

قلت : قد حكى صاحب « البيان » عن القفال : أن المالك لا يملك القيمة المأخوذة للحيلولة ، بل ينتفع به على ملك الغاصب ، لئلا يجتمع في ملكه البدل والمبدل ، وهذا شاذ ضعيف نبهت عليه لئلا يُغتر به . قال في « البيان » :ولو ظهر على المالك دين مستغرق ، فالغاصب أحق بالقيمة التي دفعها ، لأنها عين ماله . وإن تلفت في يد المالك،رجع الغاصب بمثلها . وإن كانت باقية زائدة ، رجع في زيادتها المتصلة دون المنفصلة. قال القاضي أبوالطيب،والجرجاني : هذا إذا تصور كون القيمة مما يزيد . والله أعلم

فرع

سبق أن منافع المغصوب مضمونة . فلو كانت الاجرة في مدة الغصب متفاوتة، فثلاثة أوجه حكاها القاضي أبو سعد بن أبي يوسف . أصحها : يضمن في كل بعض من أبعاض المدة بأجرة مثلها فيه. والثاني: كذلك إن كانت الأجرة في أول المدة أقل ،فان كانت في الأول أكثر، ضمنها بالأكثر في جميع المدة، لأنه لو كانت العين في يده ، فربما يكريها بها في جميع المدة . والثالث : بالأكثر في جميع المدة مطلقاً ، وهو ضعيف .

فصل

زوائد المغصوب ،منفصلة كانت، كالولد والثمرة والبيض ، أو متصلة ، كالسمن وتعلّم الصنعة ،مضمونة على الغاصب كالأصل ، سواء طلبه المالك بالرد ،أم لا .

الطرف الرابع : في الاختلاف ،وفيه مسائل .

الأولى : ادعى الغاصب تلف المغصوب، وأنكر المالك . فالصحيح أن القول قول الغاصب مع يمينه ، وقيل : قول المالك بيمينه ، فعلى الصحيح ، إذا حلف الغاصب ، هل للمالك تغريمه المثل أو القيمة ؟ وجهان . أصحها : نعم .

الثانية : اتفقا على الهلاك واختلفا في قيمته،صدّق الغاصب لأن الأصل براءته، وعلى المالك البيّنة ، وينبغي أن يشهد الشهود أن قيمته كذا ، أما إذا أراد إقامة البيّنة على صفات العبد ليقوّمه المقوّمون بتلك الصفات ، ففي قول :يقبل ويقوّم بالأوصاف ،وينزل على أقل الدرجات كالسَّلَم ،والمشهور:المنع ،للتفاوت . قال الامام: لكن يستفيد المالك بالبيّنة على الأوصاف إبطال دعوى الغاصب مقداراً حقيراً لا يليق بتلك الصفات ، ويصير كما لو أقر الغاصب بصفات في العبد تقتضي النفاسة ، ثم قوّمه بحقير لا يليق بها،لا يلتفت إليه، بل يؤمر بالزيادة إلى أن يبلغ حداً يجوز أن يكون قيمة لمثل ذلك الموصوف . ولو قال المالك : قيمته ألف ،وقال الغاصب : بل خمسمائة ،وجاء المالك ببينة أنها أكثر من خمسمائة من غير تقدير ، فقيل : لا تسمع هكذا ، والأكثرون سمعوها، قالوا : وفائدة السماع أن يكلف الغاصب زيادة على خمسمائة إلى حد لا يقطع البينة بزيادة عليه ، ولو قال المالك : لا أدري كم قيمته ، لم تسمع دعواه حتى يبيّن . وكذا لو قال الغاصب : أعلم أنه دون ما ذكره ، ولا أعرف قدره ، لم تسمع حتى يبيّن ، فاذا بيّن حلف عليه .

الثالثة : قال المالك : كان العبد كاتباً أو محترفاً ، فأنكر الغاصب ، فالصحيح أن القول قول الغاصب ، وقيل : قول المالك ، لأنه أعرف بملكه . ولو ادعى الغاصب به عيباً وأنكر المالك ، نظر ، إن ادعى عيباً حادثاً فقال : كان أقطع أو سارقاً ، ففي المصدّق قولان ، أظهرهما :المالك . وإن ادعى عيباً خلقيّاً ، فقال : كان أكمه أو ولد أعرج أو عديم اليد ، فالمصدّق الغاصب على الصحيح ، لأن

الأصل العدم ، ويمكن المالك البينة . والثاني : يصدّق المالك نظراً إلى غلبة السلامة. والثالث : يفرق بين ما يندر من العيوب وغيره .

الرابعة : ردّ المغصوب وبه عيب ، وقال : غصبته هكذا ، وقال المالك : حدث العيب عندك ، صدّق الغاصب ، قاله المتولي .

قلت : وقاله ابن الصباغ أيضاً ، ونقله في « البيان » . والله أعلم

الخامسة : تنازعا في الثياب التي على العبد ، صدّق الغاصب ، لثبوت يده .

السادسة : قال : غصبتَ داري بالكوفة ، فقال : غصبتُها بالمدينة ، فالقول قول المدعى عليه أنه لم يغصب بالكوفة . وأما دار المدينة ، فان وافقه المدعي عليها ، ثبتت ، وإلا ، فيبطل إقراره بها ، لتكذيبه .

قلت : ومثله لو قال : غصبتَ مني عبداً فقال : بل جارية ، ونحو ذلك .

والله أعلم

السابعة : غصب خمراً محترمة فهلكت عنده ، فقال المغصوب منه : هلكت بعد التخلل ، فقال الغاصب : قبله ، صدّق الغاصب .

الثامنة : قال : طعامي الذي غصبته كان جديداً ، فقال الغاصب : بل عتيقاً ، صدّق الغاصب بيمينه . فان نكل ، حلف المالك ، ثم له أخذ العتيق لأنه دون حقه.

التاسعة : باع عبداً فجاء زيد وادعى أنه ملكه وأن البائع كان غصبه منه ، فلا شك أن له دعوى عين العبد على المشتري . وفي دعواه القيمة على البائع ما ذكرناه في الاقرار . فان ادعى العين على المشتري فصدقه ، أخذ العبد منه ، ولا رجوع له بالثمن على البائع . وإن كذبه المشتري ، فأقام زيد بيّنة ، أخذه ورجع المشتري بالثمن على البائع . وإن لم يُقم بيّنة ونكل المشتري ، حلف زيد وأخذه ، ولا رجوع للمشتري بالثمن ، لتقصيره بالنكول . وإن صدّقه البائع دون المشتري ، لم يقبل

إقرار البائع على المشتري ويبقى البيع بحاله، إلا أن يكون إقراره بالغصب في زمن الخيار ، فيجعل ذلك فسخاً للبيع .ثم لو عاد العبد إلى البائع بارث أو ردّ بعيب ، لزمه تسليمه إلى زيد. وإن صدقه البائع والمشتري جميعاً ، سلم العبد إلى زيد،وعلى البائع رد الثمن أو بدله إن كان تالفاً . ولو جاء المدعي بعدما أعتق المشتري العبد وصدقه البائع والمشتري ، لم يبطل العتق ، سواء وافقهما العبد أو خالفهما ، لأن في عتقه حقاً لله تعالى ، بخلاف ما لو كاتبه المشتري ، ثم توافقوا على تصديق المدعي ،لأن الكتابة قابلة للفسخ . والمدعي في مسألة الاعتاق قيمة العبد على البائع إن اختص بتصديقه ، وإذا أوجبنا الغرم للحيلولة فيما إذا أقرّ به لزيد ثم لعمرو ، وعلى المشتري إن اختص بتصديقه ، وعلى من شاء منهما إن صدقاه جميعاً . وقرار الضمان على المشتري ، إلا أن تكون القيمة في يد البائع أكثر ، فلا يطالب المشتري بالزيادة . ولو مات المعتق وقد كسب مالاً ، فهو للمدعي ، لأن المال خالص حق آدمي، وقد توافقوا أنه مستحقه ، بخلاف العتق ، كذا أطلقوه . قال الامام : وهو محمول على كسب يستقل به العبد ، فأما كسب يحتاج إلى إذن السيد، فلا يستحقه المدعي، لاعترافه بخلوه عن الاذن .

قلت : ولو ادعى الغاصب رد المغصوب حياً وأقام به بيّنة، فقال المالك: بل مات عندك وأقام به بيّنة، تعارضت البيّنتان وسقطتا، وضمن الغاصب ، لأن الأصل بقاء الغصب . ولو قال:غصبنا من زيد ألفاً ،ثم قال : كنا عشرة أنفس ، وخالفه زيد، قال في « البيان » : قال بعض أصحابنا : القول قول الغاصب بيمينه ،لأن الأصل براءته مما زاد . والله أعلم

الباب الثاني
في الطوارىء على المغصوب

فيه ثلاثة أطراف .

الأول : في النقص ، وهو ثلاثة أقسام .

الأول : نقص القيمة فقط ، كمن غصب ما يساوي عشرة ، فرده بحاله وهو يساوي درهماً ، فلا شيء عليه، وقال أبو ثور : يلزمه نقص القيمة ، ووافقه بعض أصحابنا ،وهذا شاذ .

القسم **الثاني** : نقص القيمة والأجزاء ، فالجزء الفائت ، مضمون بقسطه من أقصى القيم من الغصب إلى التلف ، والنقص الحاصل بتفاوت السعر في الباقي المردود غير مضمون .

مثاله : غصب ثوباً قيمته عشرة ، فعادت بالرخص إلى درهم ،ثم لبسه فأبلاه حتى عادت إلى نصف درهم ،يردّه مع خمسة دراهم ، لأن بالاستعمال انسحقت أجزاء من الثوب ، وتلك الأجزاء في هذه الصورة،نصف الثوب ، فيغرم النصف بمثل نسبته من أقصى القيم كما يغرم الكل عند تلفه بالأقصى . ولو كانت القيمة عشرين وعادت بانخفاض السعر إلى عشرة،ثم لبسه وأبلاه فعادت إلى خمسة ، لزمه مع ردّه عشرة . ولو كانت عشرة فعادت بالانخفاض إلى خمسة ، ثم لبسه فأبلاه حتى عادت إلى درهم ،لزمه مع ردّه ستة،لأنه تلف بالاستعمال ثلاثة أخماس الثوب ، فيغرمها بثلاثة أخماس أقصى القيم. قال الشيخ أبو علي : وأخطأ بعضهم فقال:يلزمه ثلاثة لأنها الناقصة بالاستعمال ، وقياس قول هذا :أن يلزم في الصورة الأولى نصف درهم ، وفي الثانية خمسة .ولو غصبه وقيمته عشرة فعاد بالاستعمال إلى خمسة ،ثم انخفض السعر فعادت إلى درهمين فردّه ، لزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالاستعمال ،

ولا يضمن النقصان الحاصل في البالي المردود. ولو غصب ثوباً قيمته عشرة ، فلبسه وأبلاه حتى عادت إلى خمسة ، ثم ارتفع السعر فصارت قيمته وهو بالٍ عشرة ، قال ابن الحداد ، وبعض الأصحاب : يغرم مع ردّ الثوب عشرة ، لأن الباقي من الثوب نصفه وهو يساوي عشرة . وقال الجمهور: لا يغرم مع ردّه إلا الخمسة الناقصه بالاستعمال ، ولا عبرة بالزيادة الحاصلة بعد التلف . قال الامام : والصفات كالأجزاء في هذا كله ، حتى لو غصب عبداً صانعاً قيمته مائة، فنسي الصنعة وعادت قيمته إلى خمسين ، ثم ارتفع السعر فبلغت قيمته ناسياً مائة ، وقيمة مثله يُحسن الصنعة مائتين ، لا يغرم مع رده إلا خمسين . ثم الجواب في صور إبلاء الثوب [كلها] مبني على أن أجرة مثل المغصوب لازمة مع أرش النقص الحاصل بالاستعمال ،وهو الأصح . وسبق وجه : أنه لا يجمع بينها . فعلى ذلك الوجه : الواجب أكثر الأمرين من المقادير المذكورة وأجرة المثل . ولو اختلف المالك والغاصب في قيمة الثوب الذي أبلاه ، فقال المالك :زادت قبل الابلاء فأغرم التالف بقسطه [منها]، وقال الغاصب :[بل]زادت بعده ، قال ابن سريج:المصدّق الغاصب.

القسم الثالث : نقص الأجزاء والصفات وحدها ، وسنذكر حكمه في الصور الآتية إن شاء الله تعالى .

فصل

النقص الحادث في المغصوب ، ضربان .

أحدهما : مالاسراية له ، فعلى الغاصب أرشه وردّ الباقي ، ولا فرق بين أن يكون الأرش قدر القيمة كقطع يدي العبد أو دونها ، ولا بين أن تفوت معظم منافعه ، أو لاتفوت ، ولا بين أن يبطل بالجناية عليه الاسم الأول كذبح الشاة

وطحن الحنطة ، وتمزيق الثوب ، أو لا يبطل . فلو أراد المالك ترك الناقص عند الغاصب وتغريمه بدله ، لم يكن له ذلك ، لانه عين ملكه . وفي وجه : إذا طحن الطعام ، فله تركه وطلب المثل ، لانه أقرب إلى حقه من الدقيق .

الضرب الثاني : ما له سراية ، لا يزال يسري إلى الهلاك الكلي ، كما لو بلَّ الحنطة وتمكَّن فيها العفن الساري ، أو اتخذ منها هريسة ، أو غصب سمناً وتمراً ودقيقاً وعمله عصيدة ، وفيه نصوص وطرق مختلفة تجمعها أربعة أقوال منصوصة . أظهرها عند العراقيين : يجعل كالهالك ويغرم بدل كل مغصوب من مثل أو قيمة. والثاني : يردّه مع أرش النقص، وليس للمالك إلا ذلك ، واختاره الامام ، والبغوي. والثالث : يتخير المالك بين موجَب القولين ، واختاره الشيخ أبو محمد ،والمسعودي. والرابع : يتخير الغاصب بين أن يمسكه ويغرمه ، وبين أن يرده مع أرش النقص. **قلت** : رجح الرافعي في « المحرر » الأول أيضاً . والله أعلم

فعلى الأول : لمن تكون الحنطة المبلولة ؟ وجهان نقلهما المتولي . أحدهما : تبقى للمالك كما لو نجّس زيته وقلنا : لا يطهر بالغسل ، فان المالك أولى به . والثاني : يصير للغاصب . [و] إذا حكمنا بالأرش مع الرد ، غرم أرش عيب سار . قال المتولي : فان رأى الحاكم أن يسلم الجميع إليه ، فعل ، وإن رأى يسلم (١) أرش النقص المتحقق إليه في الحال (٢) ووقف الزيادة إلى أن تتيقن نهايته . وفي هذا نظر ، لأن المفهوم من أرش العيب الساري أرش عيب شأنه السراية ، وهو حاصل

(١) في هامش نسخة الظاهرية : بخط ابن العطار في « التتمة » : أن يسلم .

(٢) في نسخ الظاهرية : وإن رأى سلم أرش النقص المتحقق في الحال إليه.

في الحال . أما المتولد منه ، فيجب قطع النظر عنه ، إذ الكلام في نقص لا تقف سرايته إلى الهلاك . فلو نظرنا إلى المتولد منه ، لانجرّ إلى تمام القيمة ، وهو عَوْد إلى القول الأول ، وقد بيّن ما قلناه أبو خلف السلمي في « شرح المفتاح » فقال في قول التخيير : إن شاء المالك غرّمه ما نقص إلى الآن ، ثم لا شيء له في زيادة فساد حصل بعد ذلك ، وإن شاء تركه له وطالبه بجميع البدل .

فرع

مِن صور هذا الضرب ما إذا صب الماء في الزيت وتعذر تخليصه منه ، فأشرف على الفساد . وعن الشيخ أبي محمد تردد في مرض العبد المغصوب إذا كان سارياً عسِر العلاج ، كالسل والاستسقاء ، ولم يرضه الامام ، لأن المريض المأيوس منه ، قد يبرأ ، والعفن المفروض في الحنطة يفضي إلى الفساد قطعاً .

قلت : ولو عفن الطعام في يده لطول المكث ، فطريقان . قال الشيخ أبو حامد: هو كَبَلّ الحنطة . وقال القاضي أبو الطيب : يتعين أخذه مع الأرش قطعاً ، واختاره ابن الصباغ ، وهو الأصح . والله أعلم

فصل

في جناية العبد المغصوب ، والجناية عليه

أما جنايته ، فينظر إن جنى جناية توجب القصاص ، واقتص منه في يد الغاصب، غرم الغاصب أقصى قيمه من الغصب إلى القصاص . وإن جنى بما يوجب قصاصاً في الطرف ، واقتص منه في يده ، غرم بدله ، كما لو سقط بآفة سماوية . ولو اقتص منه

بعد الوفاء إلى السيد ، يلزم الغاصب أيضاً (١) ، وكذا الحكم لو ارتد أو سرق في يد الغاصب ، ثم قتل أو قطع بعد الرد إلى المالك . ولو غصب مرتداً أو سارقاً فقتل ، أو قطع في يد الغاصب ، فهل يضمنه الغاصب ؟ وجهان ، كمن اشترى مرتداً أو سارقاً فقتل ، أو قطع في يده ، فمن ضمان مَن يكون القتل أو القطع ؟ أما إذا جنى المغصوب على نفس أو مال جناية توجب المال متعلقاً برقبته ، فعلى الغاصب تخليصه بالفداء . وبماذا يفديه ؟ فيه طريقان . المذهب : أنه يفديه بأقل الأمرين من الأرش وقيمة العبد . وقال الامام : فيه قولان . أحدهما : هذا . والثاني : بالأرش وإن زاد كالقولين فيما إذا أراد السيد فداء الجاني . وإذا ثبت أن الجاني والجناية مضمونان على الغاصب ، لم يخل ، إما أن يتلف الجاني في يد الغاصب ، وإما أن يرده . فان تلف في يده ، فللمالك تغريمه أقصى القيم . فاذا أخذها ، فللمجني عليه أن يغرم الغاصب إن لم يكن غرمه ، وله أن يتعلق بالقيمة التي أخذها المالك ، لأن حقه كان متعلقاً بالرقبة فيتعلق ببدلها كما إذا تلف المرهون كانت قيمته رهناً . وفي وجه: لا مطالبة للمجني عليه بما أخذه المالك . والصحيح : الأول . فاذا أخذ المجني عليه حقه من تلك القيمة ، رجع المالك بما أخذه على الغاصب . ولو كان العبد يساوي ألفاً ، فرجع بانخفاض السعر إلى خمسمائة ، ثم جنى ومات عند الغاصب ، فغرّمه المالك الألف ، لم يكن للمجني عليه إلا خمسمائة وإن كان أرش الجناية ألفاً فأكثر ، لأنه ليس له إلا قدر قيمته يوم الجناية وإن رد العبد إلى المالك ، نظر ، إن رده بعدما غرم للمجني عليه ، فذاك ، وإن رد قبله فبيع في الجناية ، رجع المالك على الغاصب بما أخذ منه ، لأن الجناية حصلت حين كان مضموناً عليه ، بخلاف ما إذا جنى في يد المالك ثم غصبه رجل وردّه ثم بيع في تلك الجناية ، فانه لا يرجع المالك بشيء ، لأن الجناية حصلت وهو غير مضمون عليه .

---

(١) في نسخ الظاهرية ، « وشرح الوجيز » : ولو اقتص منه بعد الرد إلى السيد غرم الغاصب أيضاً .

وفرّع ابن الحداد وغيره على ذلك فقالوا : إذا جنى في يد المالك جناية تستغرق قيمته ، ثم غصب وجنى في يد الغاصب جناية مستغرقة ، ثم رده إلى المالك ، ثم بيع في الجنايتين وقسم الثمن بينهما نصفين ، يرجع المالك على الغاصب بنصف قيمة العبد . ولو كان الفرع بحاله ، وتلف العبد بعد الجنايتين في يد الغاصب ، فله طلب القيمة من الغاصب ، وللمجني عليها أخذها ، فاذا أخذاها(١) ، فللمالك الرجوع بنصفها على الغاصب ، لأنه أخذ منه نصفها بجناية في يد الغاصب ، فاذا رجع به ، فللمجني عليه الأول أخذه ، لأنه بدل ما تعلق به حقه قبل الجناية الثانية . وإذا أخذه لم يكن له الرجوع على الغاصب مرة أخرى ، لأنه مأخوذ بجناية غير مضمونة على الغاصب. هذا هو الصحيح في الصورتين . وقيل : إذا رد العبد وبيع في الجناية ، فالنصف الأول يرجع به المالك ويسلم له ولا يؤخذ منه ، وإنما يطالب المجني عليه الأول الغاصب بنصف القيمة . وإذا تلف في يد الغاصب بعد الجنايتين ، لا يأخذ المالك شيئاً، ولكن المجني عليه الأول يطالب الغاصب بتمام القيمة ، والمجني عليه الثاني ، يطالبه بنصف القيمة . ولو جنى المغصوبُ في يد الغاصب أولاً ، ثم رده إلى المالك فجنى في يده أخرى ، وكلٌّ واحدة منهما تستغرق القيمة ، فبيع فيهما وقسم الثمن بينهما ، فللمالك الرجوع على الغاصب بنصف القيمة للجناية التي هي مضمونة عليه . قال الشيخ أبو علي : سمعت القفال مرة يقول : ليس لواحد من المجني عليهما أخذ هذا النصف من المالك. أما الثاني ، فلأن الجناية عليه مسبوقة بجناية مستغرقة ، وحقه لم يثبت إلا في نصف القيمة وقد أخذه . وأما الأول ، فلأن حق السيد يثبت في القيمة بنفس الغصب ، وهو متقدم على حق المجني عليه ، فما لم يصر حقه إليه ، لا يرجع إلى غيره شيء . قال أبو علي : وليس هذا بشيء ، بل المجني عليه الأول أخذه كما في الجناية السابقة، ولا عبرة بثبوت حق السيد في القيمة ، فان حقه وإن تقدم ، فحق المجني عليه مقدم كما في الرقبة . قال : وناظرت القفال فيه ، فرجع إلى قولي . وعلى هذا إذا

---

(١) في « شرح الوجيز » : وللمجني عليه أخذها ، فاذا أخذها .

أخذه المجني عليه الأولُ ، رجع به المالك على الغاصب مرة أخرى ، ويسلم له المأخوذ ثانياً ، لأن الأول أخذ تمام القيمة ، والثاني لم يتعلق حقه إلا بالنصف وقد أخذه. ولو جنى في يد الغاصب ثم في يد المالك كما صورناه ، ثم قتله الغاصب أو غصبه ثانياً فمات عنده ، أخذت القيمة منه وقسمت بين المجني عليهما ، ثم للمالك أن يأخذ منه نصف القيمة ، لأنه أخذ منه بسبب جناية مضمونة عليه . فاذا أخذه كان للمجني عليه الأول أن يأخذه منه ، ثم له أن يرجع به على الغاصب مرة أخرى ويسلم له المأخوذ في هذه المرة ، وقد غرم الغاصب والحالة هذه القيمة مرتين ، مرة بجناية العبد في يده ، ومرة بالقتل . أما الجناية عليه ، فان قُتل ، نظر ، إن وجب القصاص بأن كان القاتل عبداً والقتل عمداً ، فللمالك القصاص . فاذا اقتص ، برىء الغاصب ، لأنه أخذ بدل حقه ، ولا نظر مع القصاص إلى تفاوت القيمة ، كما لا نظر في الاحرار إلى تفاوت الدية . وإن لم يجب القصاص . فان كان الجاني حراً ، لزمه للجناية قيمته يوم القتل ، سواء قتله الغاصب أو أجنبي ، والمالك بالخيار ، بين أن يطالب بها الغاصب ، أو الجاني ، لكن القرار على الجاني . ثم إن كانت قيمته قبل يوم القتل أكثر ، ونقصت في يد الغاصب ، لزمه ما نقص بحكم اليد . وإن كان الجاني عبداً ، فان سلمه سيده فبيع في الجناية . نظر ، إن كان الثمن مثل قيمة المغصوب ، أخذه ولا شيء له على الغاصب إلا إذا كانت قيمته قد نقصت عنده قبل القتل . وإن كان الثمن أقل ، أخذ الباقي من الغاصب . وإن اختار سيده فداه ، فان قلنا : يفديه بالأرش ، أخذه ولا شيء له على الغاصب إلا على التقدير المذكور . وإن قلنا : يفدي بالأقل من الأرش والقيمة ، فان كانت قيمة المغصوب أكثر من قيمة الجاني ، فالباقي على الغاصب ، وإن كانت أقل أو مثلها ، أخذها المالك ولا شيء له على الغاصب إلا على التقدير المذكور . ولو اختار المالك تغريم الغاصب ابتداءً ، فله ذلك ، ويأخذ منه جميعَ قيمة المغصوب ، ثم يرجع الغاصب على سيد الجاني بما غرم إلا ما لا يطالب به إلا الغاصب . هذا إذا كانت الجناية قتلاً ،

فأما الجراحات ، فاما أن يكون لها أرش مقدر في الحر ، وإما لا ، والواجب في الحالين ، ما ذكرناه من قبل . وإذا كان الواجب ما نقص من قيمته بالجناية ، كان المعتبر حال الاندمال ، فان لم يكن حينئذٍ نقص ، لم يطالب بشيء . وإذا كان الواجب مقدراً من القيمة كالمقدر من الدية ، فهل يؤخذ في الحال ، أم يؤخذ في الاندمال ؟ (١) قولان، كما لو كانت الجناية على حر، وسيأتي[ذلك]في موضعه إن شاء الله تعالى . وإذا كان الجاني غير الغاصب وغرمناه المقدر من القيمة ،وكان الناقص أكثر من ذلك القدر ، فعلى الغاصب ما زاد . وإن كان المقدر أكثر مما نقص من القيمة ، فهل يطالب الغاصب بالزيادة على ما نقص ؟ ذكرنا فيما إذا سقطت يده بآفة : أن الأصح : أنه لا يطالب . وهنا الأصح : أنه يطالب ، والقرار على الجاني . واختلفوا فيما لو قطعت يده قصاصاً أو حداً ، لأنه يشبه السقوط بآفة من حيث أنه تلف لابدل له ، ويشبه الجناية من حيث حصوله بالاختيار .

فرع

لو اجتمعت جناية المغصوب والجناية عليه ، بأن قتل إنساناً ، ثم قتله في يد الغاصب عبد رجل ، فللمغصوب منه أن يقتص ويسقط به الضمان عن الغاصب ، ويسقط حق ورثة من قتله المغصوب ، لأن العبد الجاني إذا هلك [و]لم يحصل له عوض ، يضيع حق المجني عليه ، لكن لو كان المغصوب قد نقص عند الغاصب بحدوث عيب بعدما جنى، لم يبرأ الغاصب من أرش ذلك النقص ، ولولي من قتله التمسك به ، وإن حدث العيب قبل جنايته ، فاز المغصوب منه بالأرش . فلو لم يقتص المغصوب منه، بل عفا على مال ،أو كانت الجناية موجبة للمال ، فحكم تغريمه وأخذه المال على ما سبق

(١) في مخطوطات الظاهرية و «شرح الوجيز» : أم يؤخر إلى الاندمال .

في الجناية عليه من غير جناية منه . ثم إذا أخذ المال كان لورثة من جنى عليه هذا العبد التعلق به ، لأنه بدل الجاني على مورثهم . فاذا أخذوه ، رجع به المغصوب منه على الغاصب مرة أخرى ، لأنه أخذ [منه] بسبب جناية مضمونة عليه ، ويسلم المأخوذ ثانياً كما سبق نظيره .

قلت : ومما يتعلق بالفصل ، لو وثب العبد المغصوب فقتل الغاصب ، وهرب إلى سيده ، فان كانت الجناية عمداً ، قال الصيمري : إن عفا ورثة الغاصب عن القصاص والدية ، سقط الضمان عن الغاصب في المال . وإن قتلوه ، لزمهم قيمة العبد في التركة ، وكأنهم لم يسلّموه ، وكذا لو طلبوا الدية من رقبته . وإن قتل المغصوب سيده وهو في يد الغاصب ، فالصحيح الذي قطع به الشيخ أبو حامد : أن لورثة المالك أن يقتصّوا منه ، وإذا قتلوه ، استحقوا قيمته على الغاصب. وحكى في « البيان » وجهاً : أن جنايته تكون هدراً . ولو صال العبد المغصوب أو الجمل المغصوب على رجل، فقتله المصول عليه للدفع ، فلا ضمان عليه ، ويجب ضمانه على الغاصب ، ولا يرجع على المصول عليه . والله أعلم

فصل

نقلُ التراب من الأرض المغصوبة ، تارة يكون من غير إحداث حفر ، ككشط وجهها ، وتارة باحداثها كحفر بئر أو نهر . ففي الحالة الأولى ، للمالك إجباره على رده إن كان باقياً . فان تلف وانمحق بهبوب الريح أو السيول ، أجبره على رد مثله إليه ، وعليه إعادة وضعه وهيئته كما كان من انبساط أو ارتفاع . وإن لم يطالبه المالك بالرد ، نظر ، إن كان له غرض ، بأن دخل الأرضَ نقصٌ يرتفع بالرد ويندفع عنه الأرش ، أو نقله إلى ملكه وأراد تفريغه ، أو إلى ملك غيره ، أو شارع

يخاف من التعثر به الضمان ، فله الاستقلال بالرد . وإن لم يكن شيء من ذلك ، بأن نقله إلى موات ، أو من أحد طرفي الأرض المغصوبة إلى الطرف الآخر ، فان منعه المالك من الرد ، لم يرد ، وإن لم يمنعه ، فهل يفتقر الرد إلى إذنه ؟ وجهان بناءً على الوجهين في أنه لو منعه فخالف ورد ، هل للمالك تكليفه النقل ثانياً ؟ إن قلنا : لا ، فله الرد بغير إذنه ، وإلا ، فلا ، وهو الأصح . وإذا كان له غرض في الرد فرده ، فمنعه المالك من بسطه ، لم يبسطه وإن كان في الأصل مبسوطاً .

الحالة الثانية : إذا حفر بئراً فأمره المالك بطمها ، لزمه ، وإلا ، فله أن يستقل به ليدفع عن نفسه خطر الضمان بالسقوط فيها . وقال المزني : لايطم إلا باذن المالك . فان منعه وقال : رضيت باستدامة البئر ، فان كان للغاصب غرض [في الطم] سوى دفع ضمان السقوط ، فله الطم ، وإلا ، فلا ، في الأصح ، ويندفع عنه الضمان لخروجه عن أن يكون جناية وتعدياً . فلو لم يقل : رضيت باستدامتها ، واقتصر على المنع من الطم ، قال المتولي : هو كما لو صرح بالرضى ، لتضمنه إياه . وقال الامام : لا يتضمنه . ولو طوى الغاصب البئر بآلة نفسه ، فله نقلها ، وللمالك إجباره عليه . فان تركها ووهبها له ، لم يلزمه القبول على الأصح . وحيث قلنا في الحالتين : يرد التراب إلى موضعه لوقوعه في ملكه ، أو شارع ، فذلك إذا لم يتيسر نقله إلى موات ونحوه في طريق الرد . فان تيسر ، لم يرد إلا باذن ، قاله الامام وذكر أنه إنما يستقل بالطم إذا بقي التراب الأول بعينه . أما إذا تلف ، ففي الطم بغيره بغير إذن المالك وجهان . وينبغي أن يجيء هذا الخلاف في الحالة الأولى ، وفيما إذا طلب المالك الرد والطم عند تلف ذلك [التراب] ، والأصح فيهما [1] جميعاً ، لأنه لا فرق بين ذلك التراب وغيره ، ثم إذا أعاد هيئة الأرض في الحالين كما كانت ، إما بطلب

---

(١) مخطوطة في الظاهرية : والأصح فيهما .

المالك، وإما دونه، نظر، إن لم يبق في الارض نقص، فلا شيء عليه، ولكن عليه أجرة المثل لمدة الحفر والرد، وإن بقي، لزمه أرشه مع الاجرة. هذا الذي ذكرناه من أول الفصل إلى هنا هو المذهب والذي يفتى به، ووراءه تصرف للأصحاب قالوا: نص هنا: أنه يجب أرش النقص الحاصل بالحفر، ولم يوجب التسوية لأنه نص على ذلك فيما إذا غرس الأرض المغصوبة ثم قلع بطلب المالك. ونص فيما إذا باع أرضاً فيها أحجار مدفونة فنقلها: أنه يلزمه التسوية. فقيل قولان فيهما، وقيل بتقرير النصين، والفرق ضعيف. وكلام الغزالي يوهم ظاهره خلاف ما ذكرناه، فليتأول على ما بيناه.

فصل

إذا خصي العبد المغصوب، فهو على القولين السابقين في جراح العبد. وهل يتقدر؟ إن قلنا بالجديد: أنه يتقدر، لزمه كمال القيمة، وإلا، فالواجب ما نقص من القيمة، فان لم ينقص شيء، فلا شيء عليه. ولو سقط ذلك العضو بآفة سماوية، ولم تنقص قيمته، ورده، فلا شيء عليه على القولين، لكن قياس الوجه الذي قدمناه في أنه يضمن بالتلف تحت اليد العادية كما يضمن بالجناية: أنه يلزمه كمال القيمة.

فرع

لو كان في الجارية المغصوبة سِمَن مفرط، فزال ورجعت إلى الاعتدال ولم تنقص قيمتها، لم يلزمه شيء، لأن السِّمن ليس له بدل مقدر، بخلاف الأنثيين.

فصل

إذا غصب زيتاً أو دهناً فأغلاه ، فان نقصت عينه فقط، كمن غصب صاعين قيمتها درهمان فصارا بالاغلاء صاعاً قيمته درهمان ، فوجهان. أصحهما : يرده ويغرم مثل الصاع الذاهب . والثاني : يرده ولا شيء عليه . وإن نقصت قيمته فقط، رده مع الأرش . وإن نقصا معاً ، وجب رد الباقي ومثل ما ذهب ، إلا إذا كان ما نقص من القيمة أكثر مما نقص من العين ، فيجب مع مثل الذاهب أرش نقص الباقي . وإن لم ينقص واحد منهما، رده ولا شيء عليه . ولو غصب عصيراً فأغلاه، فطريقان . أحدهما : أنه كالزيت فيضمن مثل الذاهب وإن لم تنقص قيمته على الأصح. وأصحهما : لا ، فلا يضمن مثل العصير الذاهب إذا لم تنقص قيمته ، لأن الذاهب مائيّته ، والذاهب من الزيت زيت . ويجري الخلاف في العصير إذا صار خلاً ونقصت عينه دون قيمته ، وفي الرطب إذا صار تمراً .

فصل

نقص المغصوب هل ينجبر بالكمال بعده ؟ ينظر، إن كان الكمال من الوجه الذي نقص به ، كما لو هزلت الجارية ثم سمنت وعادت القيمة كما كانت ، لم ينجبر على الاصح. وقيل : لا ينجبر قطعاً ، ولو كان المغصوب يحسن صنعة فنسيها ، ثم ذكرها أو تعلمها ، انجبر على الاصح . وقيل : ينجبر قطعاً ، لان تذكر الصنعة لا يعد شيئاً متجدداً ، بخلاف السِّمَن . والثاني : ويجري الخلاف فيما لو كسر الحلي والاناء ، ثم أعاد تلك الصنعة .

قلت : الأصح هنا ، إلحاقه بالسِّمَن ، لا بتذكر الصنعة ، لأن هذه صنعة أخرى، وهو متبرع بملمه[٢] . والله أعلم

وحيث قلنا بالانجبار ، فلو لم يبلغ بالعائد القيمة الأولى ، ضمن ما بقي من النقص وانجبر الباقي . أما إذا كان الكمال بوجه آخر ،بأن نسي صنعة وتعلم أخرى، أو أبطل صنعة الحلي وأحدث أخرى ، فلا انجبار بحال . وعلى هذا لو تكرر النقص وكان الناقص في كل مرة مغايراً للناقص في المرة الاخرى ، ضمن الجميع . حتى لو غصب جارية قيمتها مائة ، فسمنت وبلغت الفاً ،وتعلمت صنعة فبلغت ألفين ، ثم هزلت ونسيت الصنعة وعادت قيمتها مائة ، ردها ويغرم ألفاً وتسع مائة. وكذا لو علَّمه الغاصب سورة من القرآن ، أو حرفة فنسيها ، ثم علَّمه أخرى فنسيها أيضاً ، ضمنها . وإن لم يكن مغايراً ،بأن علمه سورة واحدة ، أو حرفة مراراً، وينسى في كل مرة ، فان قلنا : لا يحصل الانجبار بالعائد ، ضمن نقصان جميع المرات ، وإلا ، ضمن أكثر المرات نقصاً .

فرع

لو زادت قيمة الجارية بتعلُّم الغناء ، ثم نسيته ، نقل الروياني عن النص : أنه لا يضمن النقص ،لأنه محرم ، وإنما يضمن المباح. وعن بعض الأصحاب:أنه يضمنه. ولهذا لو قتل عبداً مغنّياً ، يغرم تمام قيمته . قال : وهو الاختيار .

قلت : الأصح المختار : هو النص . وقد تقدم في فصل كسر الملاهي : أنه لا ضمان في صنعتها ، لأنها محرمة ،وهذا لا خلاف فيه . وقد نص القاضي حسين

---

(٢) في مخطوطة الظاهرية : وهو متبرع بعمله .

وغيره ، على أنه لو أتلف كبشاً نطّاحاً،أو ديكاً هرّاشاً ، لزمه قيمته بلا نطاح ولا هراش ،لانها محرمة . والله أعلم

فرع

مرض العبد المغصوب ، ثم برأ وزال أثر المرض وردّه ، فلا شيء عليه على الصحيح . وقيل : يضمن نقص المرض ولا يسقط بالبرء ، وكذا الحكم لو ردّه مريضاً فبرأ وزال الأثر .

فرع

غصب شجرة فتحاتّ ورقها ، ثم أورقت ، أو شاة فجزّ صوفها ، ثم نبت ، يغرم الاول قطعاً، ولا ينجبر بالثاني ، بخلاف ما لو سقط سن الجارية المغصوبة ثم نبت ،أو تمعّط شعرها ثم نبت ، فانه ينجبر . قال البغوي : لان الورق والصوف متقوّمان ، فغرمها ، وسن الجارية وشعرها غير متقوّمين ، وإنما يغرم أرش النقص بفقدهما وقد زال .

فصل

غصب عصيراً فتخمرّ عنده ، كان للمغصوب منه تضمينه مثل العصير ، لفوات المالية . قالوا : وعلى الغاصب إراقة الخمر . ولو جعلت محترمة ، كما لو تخمرت في يد المالك بلا قصد الخمرية ، لكان جائزاً . فلو تخللت في يد الغاصب ، فوجهان . أصحهما :

أن الخل للمغصوب منه ، وعلى الغاصب أرش النقص إن نقصت قيمة الخل عن العصير . والثاني : يغرم مثل العصير . وعلى هذا ، في الخل وجهان . أحدهما : للغاصب ، وأصحها : للمغصوب منه ، لأنه فرع ملكه . ويجري هذا الخلاف ، فيما لو غصب بيضة ففرخت عنده ، أو بذراً فزرعه ونبت ، أو بزر قزٍ فصار قزّاً ، فعلى الأصح : الحاصل المالك ، ولا غرم على الغاصب ، إلا أن يكون الحاصل أنقص قيمة مما غصبه ، لأن المغصوب عاد زائداً إليه . وعلى الثاني : يغرم المغصوب لهلاكه ، ويكون الحاصل للمالك على الأصح ، وللغاصب على الآخر .

فرع

غصب خمراً فتخللت في يده ، أو جلد ميتة فدبغه ، فأربعة أوجه .

أصحها : أن الخل والجلد للمغصوب منه . فعلى هذا إن تلف في يد الغاصب ، ضمنه . والثاني : للغاصب . والثالث : الخل المغصوب منه ، والجلد للغاصب ، لأنه صار مالاً بفعله . والرابع : عكسه ، لأن الجلد كان يجوز للمغصوب منه إمساكه ، والخمر المحترمة كالجلد . وإذا قلنا : هما للمغصوب منه ، فذلك إذا لم يكن المالك معرضاً عن الخمر والجلد ، فان أراق الخمر ، أو ألقى الشاة الميتة فأخذها رجل ، فهل للمعرض استرداد الحاصل ؟ وجهان .

قلت : الأصح : ليس له ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وغيره في الجلد . والله أعلم

الطرف الثاني في الزيادة : وهي آثار محضة وأعيان .

أما الأثر ، فالقول الجُمْلي فيه : أن الغاصب لا يستحق بتلك الزيادة شيئاً ، لتعدّيه ، ثم ينظر ، إن لم يمكن ردّه إلى الحالة الأولى ردّه بحاله وأرش النقص إن نقصت قيمته ، وإلا

فان رضي به المالك،لم يكن للغاصب رده إلى ما كان وعليه أرش النقص،إلا أن يكون له غرض في الرد إلى الحالة الاولى ، فله الرد ، وإن ألزمه المالك الرد إلى الحالة الاولى ، لزمه ذلك وأرش النقص إن نقص عما كان قبل تلك الزيادة . فاذا تقرر ذلك ، فمن صوره ، طحن الحنطة، وقصارة الثوب وخياطته ،وضرب الطين لَبِناً ، وذبح الشاة وشيّها.ولا يملك الغاصب المغصوب بشيء من هذه التصرفات ، بل يردها مع أرش النقص إن نقصت القيمة . وإنما تكون الخياطة من هذا القسم ، إذا خاط بخيط المالك . فان خاط بخيط الغاصب ،فستأتي نظائره إن شاء الله تعالى . ثم في الطحن والقصارة ، والذبح ، والشيّ ،لا يمكن الرد إلى ما كان . وكذا في شق الثوب وكسر الاناء ، ولا يجبر على رفء الثوب وإصلاح الاناء،لانه لايعود إلى ما كان ، ولو غزل القطن ، ردّ الغزل وأرش النقص إن نقص . ولو نسج الغزل ، فالكرباس للمالك مع الارش إن نقص ، وليس للمالك إجباره على نقضه إن لم يمكن رده إلى الحـالة الاولى ونسجه ثانياً ،فان أمكن، كالخز ، فله إجباره . فان نقضه ونقصت قيمته عن قيمة الغزل في الاصل ، غرمه ، ولا يغرم ما زاد بالنسج ، لان المالك أمره بنقضه . فاذا نقضه بغير إذن المالك ، ضمنه أيضاً . ولو غصب نُقرة وضربها دراهم ، أو صاغها حلياً ، أو غصب نحاساً أو زجاجاً فجعله إناءً ، فان رضي المالك به،ردّه كذلك، ولم يكن له رده إلى الحالة الاولى،إلا أن يضرب الدراهم بغير إذن السلطان ،أو على غير عياره ، لانه حينئذ يخاف التغيير[1]،وحيث مُنع من الرد إلى ما كان فخالف ، فهو كاتلاف الزوائد الحاصلة عند الغصب. ولو أجبره المالك على رده إلى ما كان ، لزمه . فاذا امتثل ، لم يغرم النقصـان الحاصل بزوال الصنعة ، لكن لو نقص عما كان بما طرأ وزال ، ضمنه .

وأما الأعيان ، فمن صورها صبغ الثوب . ونقدم عليه صورتين .

إحداهما : إذا غصب أرضاً وبنى فيها ، أو غرس ، أو زرع ، كان لصاحب

(١) في نسخة الظاهرية و « شرح الوجيز » : التغرير .

الأرض أن يكلفه القلع مجاناً . ولو أراد الغاصب القلع ، لم يكن للمالك منعه ، فانه عين ماله . وإذا قلع ، لزمه الأجرة . وفي وجوب التسوية والأرش، ما سبق في نقل التراب . وإن نقصت الأرض لطول مدة الغراس ، فهل يجمع بين أجرة المثل وأرش النقص ، أو لايجب إلا أكثرهما ؟ فيه الخلاف السابق فيما إذا أبلى الثوب بالاستعمال . ولو أراد المالك أن يتملك البناء والغراس بالقيمة ، أو يبقيها أو الزرع بالأجرة ، فهل على الغاصب إجابته ؟ وجهان . أحدهما : نعم، كالمستعير ، وأولى، لتعدّيه . وأصحهما : لا ،لتمكنه من القلع بلا غرامة . ولو غصب من رجل أرضاً وبذراً فزرعها به ، فللمالك أن يكلفه إخراج البذر من الأرض ويغرمه أرش النقص ، وليس للغاصب إخراجه إذا رضي به المالك .

الصورة الثانية : إذا زوّق الأرض المغصوبة ، نظر ، إن كان بحيث لو نزع، لحصل منه شيء ، فللمالك إجباره على النزع . فان تركه الغاصب ليدفع عنه كلفة النزع [١]،فهل يجبر المالك على قبوله ؟ وجهان.ولو أراد الغاصب نزعه ، فله ذلك، وسواء كان المنزوع قيمة ،أم لا، فان نزع فنقصت عما كانت قبل التزويق ، لزمه الارش .أما إذا كان التزويق تمويهاً لا يحصل منه عين بالنزع ،فليس للغاصب النزع إن رضي المالك . وهل للمالك إجباره عليه ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، لانه قد يريد تغريمه أرش النقص الحاصل بازالته . وأصحهما : لا، كالثوب إذا قصّره.إذا ثبت هذا ، عدنا إلى الصبغ فنقول: للصبغ الذي يصبغ به المغصوب، ثلاثة أحوال. الاول : أن يكون للغاصب ، فينظر،إن كان الحاصل تمويهاً محضاً ، فحكمه ما ذكرناه في التزويق . وإن حصل فيه عين مال بالانصباغ ، فهو ضربان .

الأول : إذا لم يمكن فصله ، فقولان . القديم : أنه يفوز به صاحب الثوب

---

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : فان تركه الغاصب لا لتندفع عنه كلفة النزع .

تشبيهاً له بالسِّمن . والمشهور : أنهما شريكان ،فينظر، إن كانت قيمة الثوب مصبوغاً مثل قيمته، وقيمة الصبغ قبل الصبغ جميعاً ،بأن كانت قيمة الثوب عشرة ، وقيمة الصبغ عشرة ، وصار يساوي مصبوغاً عشرين ، فهو بينهما بالسوية . فلو رغب فيه راغب بثلاثين ، كانت بينهما نصفين .وإن نقصت قيمته مصبوغاً عنهما، بأن صارت قيمته في الصورة المذكورة خمسة عشر، فقد أطلق الاكثرون : أن النقص محسوب من الصبغ ، لان الثوب هو الاصل ، والصبغ وإن كان عيناً ، فهو تابع، فيكون الثوب المصبوغ بينهما أثلاثاً ، الثلثان للمغصوب منه . وفي« الشامل » و « التتمة »: أنه إن كان النقص لانخفاض سعر الثياب ، فالنقص محسوب من الثوب . وإن كان لانخفاض سعر الاصباغ ، فمن الصبغ. وكذا لو كان النقص بسبب العمل. ويمكن أن يكون هذا التفصيل مراد من أطلق . وإن كانت قيمته بعد الصبغ عشرة ، انمحق الصبغ،ولا حقّ فيه للغاصب . وإن نقصت قيمته مصبوغاً عن قيمة الثوب ، فصار يساوي ثمانية ، فقد ضاع الصبغ ونقص من الثوب درهمان ، فيردّه مع درهمين . وإن زادت قيمته مصبوغاً عليهما ، بأن صار ثلاثين ، فمن أطلق الجواب في طرف النقص ،أطلق هنا أن الزيادة بينهما على نسبة ماليْهما . ومن فصّل قال : إن كان ذلك لارتفاع سعر الثياب ، فالزيادة لصاحب الثوب ، وإن كان لارتفاع سعر الاصباغ ، فهي للغاصب ، وان كان للعمل والصنعة ، فهي بينهما ، لان الزيادة بفعل الغاصب تحسب للمغصوب منه .

الضرب الثاني : إذا أمكن فصله عن الثوب ، فقد حكي قول عن القديم : أنه إن كان المفصول لاقيمة له ، فهو كالسِّمن ، والمشهور أنه ليس كالسمن ، فلا يفوز به المغصوب منه . وهل يملك إجبار الغاصب على فصله ؟ وجهان . أصحهما عند العراقيين : لا . وأصحهما : عند البغوي وطائفة : نعم ، واختاره الامام ، ونقل القطع

به عن المراوزة . وإنما الخلاف ، فيما إذا كان الغاصب يخسر بالفصل خسرانا بيّناً ، وذلك ، قد يكون لضياع المنفصل بالكلية ، وقد يكون لحقارته بالاضافة إلى قيمة الصّبغ . ومن جملة الضياع ، أن يحدث في الثوب نقص بسبب الفصل لاتفي بأرشه قيمة المفصول . ولو رضي المغصوب [منه] بابقاء الصبغ وأراد الغاصب فصله، فله ذلك إن لم ينقص الثوب ، وكذا إن نقص على الأصح . وإن تراضيا [على] ترك الصبغ بحاله ، فهما شريكان . وكيفية الشركة ، كما سبق في الضرب الأول .

فرع

لو ترك الغاصب الصبغ للمالك ، فهل يجبر كالنعل في الدابة المردودة بالعيب لأنه تابع ، أم لا ، كالبناء والغراس إذا تركه الغاصب ؟ وجهان . قال الروياني : أصحهما : الأول . قال الرافعي : بل الثاني أقيس وأشبه .

قلت : الثاني أصح . وممن صححه ، صاحب « التنبيه » قال الجرجاني : ويجري الوجهان فيما لو غصب باباً وسمّره بمسامير للغاصب وتركها للمالك . **والله أعلم**

ثم قيل : الوجهان فيما إذا أمكن فصل الصبغ ، وفيما إذا لم يمكن . والأصح: تخصيصهما بما إذا أمكن وقلنا : إن الغاصب يجبر على الفصل ، وإلا فهما شريكان لا يجبر واحد منهما على قبول هبة الآخر . وعلى هذا ، فطريقان . أحدهما : أن الوجهين فيما إذا كان يتضرر بالفصل ، إما لما يناله من التعب ، وإما لأن المفصول يضيع كله أو أكثره ، فان لم يكن كذلك ، لم يجب القبول بحال . والثاني : أن الوجهين فيما إذا

كان الثوب ينقص بالفصل نقصاً لا تفي بأرشه قيمة الصبغ المفصول ، فان وفت ، لم يجب القبول بحال وإن تعب أو ضاع مُعظم المفصول . قال الامام : وإذا قلنا : يجب القبول على المغصوب منه ، لم يشترط تلفّظه بالقبول . وأما الغاصب ، فلا بد من لفظ من جهته يشعر بقطع الحق ، كقوله : أعرضت عنه ، أو تركته ، أو أبرأته عن حقي ، أو أسقطته ، قال : ويجوز أن يعتبر اللفظ المشعر بالتمليك .

فرع

لو بذل المغصوب منه قيمة الصبغ ، وأراد أن يتملكه على الغاصب ، فهل يجاب إليه ؟ فيه أوجه - سواء كان الصبغ يمكن فصله ، أم لا - أحدها : نعم كالغراس في العارية . وأصحها : لا ، لأن المعير لا يتمكن من القلع مجاناً فكان محتاجاً إلى التملك بالقيمة ، وهنا بخلافه . والثالث : إن كان الصبغ بحيث لو فُصل لم يحصل منه شيء ينتفع به ، فنعم ، وإلا ، فلا .

فرع

متى اشتركا في الثوب المصبوغ ، فهل لأحدهما الانفراد ببيع ملكه [منه]؟ وجهان ، كبيع دار لاممر لها . والأصح : المنع . ولو أراد مالك الثوب البيع ، ففي « المهذب » و « التهذيب » : أنه يجبر الغاصب على موافقته ويباع ، وإن أراد الغاصب البيع ، لم يجبر صاحب الثوب على الأصح ، لئلا يستحق بتعدّيه إزالة ملك غيره . وفي « النهاية » : القطع بأن واحداً منهما لا يجبر كسائر الشركاء .

الحال الثاني : أن يكون الصبغ مغصوباً من غير مالك الثوب ، فان لم يحدث بفعله نقص ، فلا غرم عليه ، وهما شريكان في الثوب المصبوغ كما سبق في الثالثة

والغاصب . وإن حدث ، نظر ، إن كانت قيمته مصبوغاً عشرة ، والتصوير كما سبق ، فهو لصاحب الثوب ، ويغرم الغاصب الصبغ للآخر . وإن كانت خمسة عشر ، فوجهان . أحدهما : [يكون] الثوب بينهما نصفين، ويرجعان على الغاصب بخمسة . وأصحهما: أثلاثاً على ما سبق في الحال الأول . فان كان مما يمكن فصله ، فلهما تكليف الغاصب الفصل . فان حصل بالفصل نقص فيهما أو في أحدهما عما كان قبل أن يصبغ ، غرمه الغاصب ، ولصاحب الثوب وحده طلب الفصل أيضاً إذا قلنا : المالك يجبر الغاصب عليه في الحال الأول . هذا إذا حصل بالانصباغ عين مال في الثوب . فان لم يحصل إلا تمويه ، فالحكم كما سبق في التزويق .

فرع

يقاس بما ذكرناه في الحالتين ثبوت الشركة فيما إذا طيَّر الريحُ ثوبَ إنسان في أجّانة صباغ ، فانصبغ ، لكن ليس لأحدهما أن يكلف الآخر الفصل ولا التغريم إن حصل نقص في أحدهما ، إذ لا تعدّي . ولو أراد صاحب الثوب تملك الصبغ بالقيمة ، فعلى ما سبق .

الحال الثالث : أن يكون الصبغ مغصوباً من مالك الثوب أيضاً. فان لم يحدث بفعله نقص ، فهو للمالك ،ولا غرم على الغاصب،ولا شيء له إن زادت القيمة، لأن الموجود منه أثر محض . وإن حدث بفعله نقص ،ضمن الأرش ، وإذا أمكن الفصل، فللمالك إجباره عليه . وليس للغاصب الفصل اذا رضي المالك .

فرع

إذا كان الصبغ للغاصب وقيمته عشرة،وقيمة الثوب عشرة ، فبلغت قيمة الثوب مصبوغاً

ثلاثين،ففصل الغاصب الصبغ ، ونقصت قيمة الثوب عن عشرة،لزمه ما نقص،وكذا ما نقص عن خمسة عشر إن فصل بغير إذن المالك وطلبه ، وإن فصل باذنه ، لم يلزمه إلا نقص العشرة . ولو عادت قيمته مصبوغاً إلى عشرة لانخفاض السعر ، وكان النقص في الثياب والاصباغ على نسبة واحدة،فالثوب بينهما بالسوية كما كان ، والنقص داخل عليهما جميعاً ،وليس على الغاصب غرامة ما نقص مع رد العين،لكن لو فصل الصبغ بعد رجوع القيمة إلى عشرة ،فصار الثوب يساوي أربعة ، غرم ما نقص ،وهو خمس الثوب بأقصى القيم . والمعتبر في الأقصى خمسة عشر إن فصل بنفسه ،وعشرة إن فصل بطلب المالك .

فصل

إذا خلط المغصوب بغيره ، فقد يتعذّر التمييز بينهما،وقد،لا . وإذا تعذر ، فقد يكون ذلك الغير من جنسه ، وقد ، لا . فان كان كالزيت بالزيت،والحنطة بالحنطة، نظر ، فان خلطه بأجود من المغصوب أو مثله ، أو أردأ منه ، فالمذهب النص أنه كالهالك حتى يتمكن الغاصب من أن يعطيه قدر حقه من غير المخلوط . وقيل : قولان . أحدهما : هذا . والثاني: يشتركان في المخلوط ، ويرجع في قدر حقه من نفس المخلوط . وقيل : إن خلط بالمثل ، اشتركا ، وإلا ،فكالهالك . فان قلنا : كالهالك ، فللغاصب دفع المثل من غير المخلوط ، وله دفعه منه اذا خلطه بالأجود أو بالمثل ،وليس له دفع قدر حقه من المخلوط بالأردإ،إلا أن يرضى المالك . واذا رضي، فلا أرش له كما إذا أخذ الرديء من موضع آخر . وان قلنا بالشركة ، فان خلط بالمثل ، فقدر زيته من المخلوط له . وإن خلط بالأجود ،بأن خلطصاعاً قيمته درهم، بصاع قيمته درهمان ، نظر ، إن أعطاه صاعاً من المخلوط ، أجبر المالك على قبوله ، وإلا

فيباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما أثلاثاً،فان أراد قسمة عين الزيت على نسبة القيمة، فالمشهور : أنه لا يجوز ، وفي قول رواه البويطي : يجوز ، وفي وجه : يكلف الغاصب تسليم صاع من المخلوط ، لأن اكتساب المغصوب صفة الجودة بالخلط ، كزيادة متصلة. وإن خلط بالأردإ ، بأن خلط صاعاً [قيمته درهمان بصاع] قيمته درهم ، أخذ المغصوب منه صاعاً من المخلوط مع أرش النقص ، لأن الغاصب متعدٍ بالخلط ، بخلاف المفلس إذا خلط بالأردإ ، فان البائع إذا رجع بصاع من المخلوط لا أرش له ، لعدم التعدي، فان اتفقا على بيع المخلوط وقسمة الثمن أثلاثاً ، جاز ، وإن أراد قسمة الزيت على نسبة القيمتين ، فقيل : هو على الخلاف في طرق الأجود ، وقيل : بالمنع قطعاً .

فرع

خلط الخل بالخل ، واللبن باللبن ، كخلط الزيت بالزيت . وإن خلط الدقيق بالدقيق ، فان قلنا : هو مثلي ، فكالزيت بالزيت . وإن قلنا : متقوّم ، فان قلنا : المختلط هالك ، فالواجب على الغاصب القيمة . وإن قلنا : بالشركة ، بيع وقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين . فان أراد قسمة عَيْن الدقيق على نسبة القيمتين ، وكان الخلط بالأجود أو الأردإ ، فعلى ما ذكرنا في خلط الزيت بالزيت . وإن كان الخلط بالمثل ، جازت القسمة إن جعلناها إفرازاً . وإن جعلناها بيعاً ، لم يجز ،لأن بيع الدقيق بالدقيق لا يجوز .

فرع

خلط [المغصوب] بغير الجنس،كزيت بشيرج أو دهن جوز، أو دقيق حنطة بدقيق شعير، فالمغصوب هالك لبطلان فائدة خاصيته ، بخلاف الجيد بالرديء . وقيل : هو على الخلاف

السابق ، واختار المتولي الشركة هناك وهنا ، وقال : إن تراضيا على بيع المخلوط وقسمة الثمن ، جاز ، وإن أراد قسمته ، جاز ، وكأن المغصوب منه باع مايصير في يد الغاصب من الزيت بمايصير في يده من الشيرج . قال الامام : وألحق الأصحاب بخلط الزيت بالشيرج لتّ السّويق بالزيت ، وهو بعيد ، وانما هو كصبغ الثوب .

فرع

إذا لم يتعذر التمييز ، لزم الغاصب التمييز وفصله بالالتقاط وإن شق ، سواء خلط الجنس كالحنطة البيضاء بالحمراء ، أو بغيره كالحنطة بالشعير .

فرع

اذا خلط الزيت بالماء ، وأمكن التمييز ، لزمه التمييز وأرش النقص ان نقص ، وإلا ، فهو كخلطه بالشيرج ، الا أن لاتبقى له قيمة ، فيكون هالكاً قطعاً . فان حصل فيه - مميزاً كان أو غيره - نقصٌ سارٍ ، فقد سبق حكمه .

فصل

إذا غصب خشبة وأدخلها في بناء ، أو بنى عليها ، أو على آجر مغصوب ، لم يملكها ، بل عليه إخراجها وردها الى المالك ما لم تعفن . فان عفنت بحيث لو أخرجت لم يكن لها قيمة ، فهي هالكة . فاذا أخرجها قبل العفن وردّها ، لزمه أرش النقص وان نقصت . وفي الأجرة ما ذكرناه في إبلاء الثوب بالاستعمال . ولو أدخل لوحاً مغصوباً في سفينة ، نظر ، ان لم يخف من النزع هلاك نفس ولا مال ، بأن كانت

على الأرض ، أو مرساة على الشط ، أو أدخله في أعلاها ولم يخف من نزعه غرقاً، أو لم يكن فيها نفس ولا مال ، ولا خيف هلاك السفينة نفسها ، لزمه نزعه ورده، فان كان في لجة [البحر] وخيف من النزع هلاك حيوان محترم ، سواء كان آدمياً الغاصبُ أو غيره ، أو غير آدمي ، لم ينزع حتى تصل الشط . وإن خيف من النزع هلاك مال ، إما في السفينة ، وإما [في] غيرها ، [فهو، إما] للغاصب ،أو لمن وضع ماله فيها وهو يعلم أن فيها لوحاً مغصوباً، [فان كان لهما ،]ففي نزعه وجهان . أصحهما عند الامام : النزع ،كما يهدم البناء لرد الخشبة . وأصحهما عند ابن الصباغ وغيره : لا ينزع ، لأن السفينة لا تدوم في البحر ، فيسهل الصبر إلى الشط . وإن كان لغيرهما ، لم ينزع قطعاً .

قلت : الأصح عند الأكثرين ما صححه ابن الصباغ . **والله أعلم**

وحيث لا ينزع إلى الشط ، فتؤخذ القيمة للحيلولة إلى أن يتيسر النزع ، فحينئذٍ يردّ اللوح مع أرش النقص ويسترد القيمة . وإن قلنا : لا يبالى في النزع بهلاك مال الغاصب فاختلطت التي فيها اللوح بسفن للغاصب ، ولا يوقف على اللوح إلا بنزع الجميع ، فهل ينزع الجميع ؟ وجهان .

قلت : كذا أطلقوا الوجهين بلا ترجيح ، وينبغي أن يكون أرجحهما عدم النزع. **والله أعلم**

فرع

الخيط المغصوب ، إن خيط به ثوب ونحوه ، فالحكم كما في البناء على الخشبة . وإن خيط به جرح حيوان ، فهو قسمان . محترم ، وغيره . والمحترم نوعان . آدمي وغيره .

أما الآدمي : فان خيف من نزعه هلاكه ، لم ينزع، وعلى الغاصب قيمته . ثم إن خط جرح نفسه ، فالضمان مستقر عليه . وإن خاط جرح غيره باذنه وهو عالم بالغصب ، فقرار الضمان على المجروح . وإن كان جاهلاً ، فعلى الخلاف فيما إذا أطعم المغصوب رجلاً . وفي معنى خوف الهلاك ، خوف كل محذور يجوّز العدول إلى التيمم من الوضوء (١) وفاقاً وخلافاً .

وأما غير الآدمي ، فضربان . مأكول ، وغيره . فغيره ، له حكم الآدمي ، إلا أنه لا اعتبار ببقاء الشَّين [فيه] . وأما المأكول ، فان كان لغير الغاصب ،لم ينزع ، وإن كان للغاصب ، فقولان . وقيل : وجهان . أظهرهما : لا يذبح كغير المأكول . وإذا مات الحيوان وفيه الخيط ، فان كان غير آدمي نزع ، وكذا إن كان آدمياً على الأصح .

وأما غير المحترم ، فلا يبالي بهلاكه ، فينزع منه الخيط . ومن هذا القسم : الخنزير ، والكلب العقور ، وكذا الكلب الذي لا منفعة فيه ، قاله الامام . وكذا المرتد على المذهب ، وبه قطع الأكثرون . وذكر الامام فيه وجهين ، وادعى أن الأوجه : منع النزع ، لأن المثلة بالمرتد محرمة ، بخلاف المثلة بالميت ، لأنا نتوقع عود المرتد إلى الاسلام . ومن هذا القسم الحربي . وأما الزاني المحصن ، والمحارب ، فقال المتولي : هما على الوجهين فيما إذا مات وفيه الخيط ، لأن تفويت رُوحه مستحق ، وحيث قلنا : لا ينزع ، يجوز غصب الخيط ابتداءً ليخاط به الجرح إذا لم يوجد خيط حلال . وحيث قلنا : ينزع ، لا يجوز .

قلت : وحيث بلي الخيط ، فلا نزع مطلقاً ، بل تجب القيمة . والله أعلم

---

(١) في الأصل : يجوز العدول من التيمم إلى الوضوء ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

فرع

حصل فصيل(١) رجل في بيت رجل ، ولم يمكن إخراجه إلا بنقض البناء ، فان كان بتفريط صاحب البيت ، بأن غصبه وأدخله ، نقض ولم يغرم صاحب الفصيل شيئاً . وإن كان بتفريط صاحب الفصيل ، نقض البناء ، ولزمه أرش النقص . وإن دخل بنفسه ، نقض أيضاً ، ولزم صاحب الفصيل أرش النقص على المذهب ، وبه قطع العراقيون . وقيل : وجهان . ثانيهما : لا أرش عليه .

فرع

وقع دينار في محبرة ، ولا يخرج إلا بكسرها ، فان وقع بفعل صاحب المحبرة عمداً أو سهواً ، كسرت ، ولا غرم على صاحب الدينار ، وإن وقع بفعل صاحبه ، أو بلا تفريط من أحد ، كسرت ، وعلى صاحبه الأرش. وقال ابن الصباغ : إذا لم يفرط أحد ، والتزم صاحب المحبرة ضمان الدينار ، ينبغي أن لا تكسر ، لزوال الضرر بذلك ، وهذا الاحتمال عائد في صورة البيت والفصيل .

فرع

أدخلتْ بهيمةٌ رأسَها في قِدْر ، ولم يخرج إلا بكسرها ، فان كان معها صاحبها ، فهو مفرِّط بترك الحفظ . فان كانت غير مأكولة ، كسرت القدر ، وعليه أرش النقص . وإن كانت مأكولة ، ففي ذبحها وجهان ، كمسألة الخيط . وإن لم يكن معها أحد ، فان فرَّط صاحب القدر ، بأن وضع القدر في موضع لا حقَّ له فيه ، كسرت ، ولا أرش له . وإن لم يفرِّط ، كسرت ، وغرم صاحب البهيمة الأرش ، ولم

---

(١) الفصيل : ولد الناقة ، سمي بذلك ، لأنه يفصل عن أمه ، فهو فعيل بمعنى مفعول ، والجمع فصلان بضم الفاء وكسرها ، وقد يجمع على فصال بكسر الفاء .

يذكروا هذا التفصيل بين المأكول وغيره في مسألة الفصيل ، والوجه: التسوية .

فرع

سيأتي إن شاء الله تعالى القول في أن ما تتلفه البهيمة ، متى يضمنه مالكها في بابه . فاذا ابتلعت شيئاً واقتضى الحال الضمان، نُظر ، إن كان مما يفسد بالابتلاع، ضمنه . وإن كان مما لا يفسد، كاللؤلؤ ، فان كانت غير مأكولة ، لم تذبح، وغرم قيمة المبتلع للحيلولة . وإن كانت مأكولة ، ففي ذبحها الوجهان .

فرع

لو باع بهيمة بثمن معيَّن ، فابتلعته ، فان لم يكن الثمن مقبوضاً ، انفسخ البيع، وهذه بهيمة لبائعها ابتلعت مال المشتري ، إلا أن يقتضي الحال وجوب الضمان على صاحب البهيمة ، فيستقر العقد ، ويكون ما جرى قبضاً للثمن بناءً على أن إتلاف المشتري قَبْضٌ منه . وإن كان الثمن مقبوضاً ، لم ينفسخ البيع ، وهذه بهيمة للمشتري ابتلعت مال البائع .

فصل

غصب زَوْجَي خفٍّ قيمتها عشرة ، فرد أحدهما وقيمته ثلاثة، وتلف الآخر، لزمه سبعة قطعاً، لأن بعض المغصوب تلف، وبعضه نقص. ولو أتلف أحدهما ، أو غصبه وحده وتلف ، وعادت قيمة الباقي إلى ثلاثة ، ففيه أوجه . أصحها عند الشيخ أبي حامد ومن تابعه : يلزمه سبعة . وأصحها عند الامام ، والبغوي : خمسة ، كما

لو أتلف رجل أحدهما، وآخر الآخر، فان كلاً منهما يضمن خمسة . والثالث : يلزمه ثلاثة، لأنها قيمة ما أتلفه . ولو أخذ أحدهما بالسرقة، وقيمته مع نقص الباقي نصاب، لم يقطع بلا خلاف .

قلت : الأقوى ، ما صححه الامام ، وإن كان الأكثرون على ترجيح الأول وعليه العمل . ويخالف المقيس عليه ، فانه لا ضرر على المالك هناك . وصورته : أنها أتلفاهما دفعة واحدة . فان تعاقبا ، لزم الثاني ثلاثة . وفي الأول ، الخلاف . وفي الصورة الأولى إذا غصبهما معاً وجه في « التنبيه » و « التتمة » : أنه يلزمه ثلاثة، وهو غريب . والله أعلم

الطرف الثالث : فيما يترتب على تصرفات الغاصب . وفيه مسائل .

إحداها : إذا اتجر الغاصب في المال المغصوب ، فقولان . الجديد : أنه إن باعه أو اشترى بعينه ، فالتصرف باطل . وإن باع سلماً أو اشترى في الذمة وسلم المغصوب فيه ، فالعقد صحيح، والتسليم فاسد، فلا تبرأ ذمته مما التزم ، ويملك الغاصب ما أخذ ، وأرباحه له . والقديم : أن بيعه والشراء بعينه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك . فان أجاز ، فالربح له . وكذا إذا التزم في الذمة وسلم المغصوب، تكون الأرباح للمالك، وهذه المسألة سبق ذكرها في البيع، ويتم شرحها في القراض إن شاء الله تعالى . والغرض هنا ، أن ما ذكره بعدها مفرّع على الجديد ، وهو الأظهر .

الثانية : وطىء الغاصب المغصوبة ، فإن كانا جاهلين بتحريم الوطء ، فلا حد عليهما، وعليه المهر للسيد ، وكذا أرش البكارة إن كانت بكراً . ثم هل يفرد الأرش فنقول : عليه مهر ثيب ، والأرش ؟ أم لا يفرد ، فنقول : مهر بكر ؟ وجهان . أصحهما : الأول . والوجه ، أن يقال : إن اختلف المقدار بالاعتبارين ، وجب الزائد ، وقد أشار الامام إليه، وإلا، ففيه الوجهان . وإن كانا عالمين بالتحريم،

نظر ، إن كانت الجارية مكرهة ، فعلى الغاصب الحدّ والمهر ، ويجب أرش البكارة إن كانت بكراً . وإن كانت طائعة ، فعليها الحد ،ولا يجب المهر على الصحيح المنصوص . وقيل : على المشهور . ويجب أرش البكارة إن كانت بكراً إذا قلنا : يفرد عن المهر ، وإلا ، ففي وجوب الزائد على مهر مثلها وهي ثيب ، وجهان . أحدهما : لا يجب، كما لو زنت الحرة وهي طائعة وهي بكر . والثاني : يجب، كما لو أذنت في قطع طرف منها . وإن كان الغاصب عالماً دونها ، فعليه الحد وأرش البكارة إن كانت بكراً ، والمهر . وإن كانت عالمة دونه ، فعليها الحد دونه إن طاوعته ، ويجب المهر إن كانت مكرهة ، وإلا ، فعلى الخلاف . ثم الجهل بتحريم الوطء ، قد يكون للجهل بتحريم الزنا مطلقاً ، وقد يكون لتوهم حِلِّيِّها خاصة لدخولها بالغصب في ضمانه ، ولا تقبل دعواهما إلا من قريب العهد بالاسلام ، أو ممن نشأ في موضع بعيد عن المسلمين ، وقد يكون لاشتباهها عليه وظنه أنها جاريته ، فلا يشترط لقبول دعواه ما ذكرناه .

الثالثة : إذا وطىء المشتري من الغاصب ، فالقول في وطئه في حالتي العلم والجهل ما ذكرنا في الغاصب ، إلا أن جهل المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها مغصوبة أيضاً ، فلا يشترط في دعواه الشرط السابق . وإذا غرم المشتري المهر ، فسيأتي القول في رجوعه [به] على الغاصب . وهل للمالك مطالبة الغاصب به ابتداءً ؟ وجهان . أصحهما: نعم ، وهو مقتضى كلام الجمهور . وأشار الامام إلى جريان الوجهين ، سواء قلنا: يرجع المشتري بالمهر على الغاصب ، أم لا . وقال : إذا قلنا : لا رجوع ، فظاهر القياس : أنه لا يطالب . وإذا قلنا بالرجوع ، فالظاهر المطالبة ، لاستقرار الضمان عليه ، وطرد الخلاف في مطالبة الغاصب بالمهر إذا وطئت بالشبهة .

فرع

إذا تكرر وطء الغاصب أو المشترى منه ، فان كان في حال الجهل ، لم يجب إلا مهر ، لأن الجهل شبهة واحدة مطردة ، فأشبه الوطء في نكاح فاسد مراراً. وإن كان عالماً ، وجب المهر ، لكونها مكرهة . أو قلنا بالوجوب مع طاعتها ، فوجهان ، أحدهما : الاكتفاء بمهر . وأصحها : يجب لكل مرّة مهر . وإن وطئها مرة عالماً ، ومرة جاهلاً ، وجب مهران .

فرع

هذا الذي ذكرنا ، فيما إذا لم يكن الوطء محبلاً . [أما] إذا أحبل الغاصب أو المشترى منه ، نظر ، إن كان عالماً بالتحريم ، فالولد رقيق للمالك غير نسيب ، لكونه زانياً. فان انفصل حيّاً ، فهو مضمون على الغاصب ، أو ميتاً بجناية ، فبدله لسيده ، أو بلا جناية ، ففي وجوب ضمانه على الغاصب ، وجهان. أحدهما وهو ظاهر النص : الوجوب ، لثبوت اليد عليه تبعاً للأم ، وبه قال الانماطي ، وابن سلمة ، واختاره القفال . وبالمنع قال أبو إسحاق ، واختاره أبو محمد ، والامام ، والبغوي ، لأن جنايته (١) غير متيقنة ، وسبب الضمان هلاك رقيق تحت يده . ويجري الوجهان في حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل ميتاً ، فان أوجبنا الضمان ، فهو قيمته يوم الانفصال لو كان حياً في ولد الجارية والبهيمة جميعاً ، وخرج الامام وجهاً في ولد الجارية أنه يضمن بعشر قيمة الأم ، تنزيلاً للغاصب منزلة الجاني . أما إذا كان الواطىء جاهلاً بالتحريم ، فالولد نسيب حر للشبهة ، وعليه قيمته لمالك الجارية يوم الانفصال إن انفصل حياً .

---

(١) في نسخة : لأن حياته .

فان انفصل ميتاً بنفسه ، فالصحيح :أنه لا قيمة عليه ، وإن كان بجناية ، فعلى الجاني ضمانه ، وللمالك تضمين الغاصب ، لأن له بدله، فقوّم عليه ، ثم الواجب على الجاني الغُرّة ، وللمالك عشر قيمة الأم . فان استويا ، ضمن الغاصب للمالك عشر قيمة الأم . وإن كانت قيمة الغُرّة أكثر ، فكذلك ،والزيادة تستقر له بحق الارث . وإن نقصت الغُرّة عن العشر ، فوجهان. أصحهما : أنه يضمن للمالك تمام العشر . والثاني : لا يضمن إلا قدر الغُرّة . ولو انفصل ميتاً بجناية الغاصب ،لزمه الضمان. ولو أحبل الغاصبُ ومات وترك أباه ، ثم انفصل الجنين ميتاً بجناية ، فالغُرّة لجد الطفل . ثم عن القاضي حسين : أنه يضمن للمالك ما كان يضمنه الغاصب .وعنه: أنه لو كان مع الغاصب أم أم الجنين ، فورثت سدس الغُرّة ،قُطع النظر عنه ،ونظر إلى عشر قيمة الأم وخمسة أسداس الغُرّة،وكأنها كل الغُرّة،والجوابان مختلفان، فرأى الامام إثبات احتمالين في الصورتين ،ينظر في أحدهما،إلى أن من يملك الغرة،ينبغي أن يضمن للمالك، ويُستبعد في الآخر تضمين من لم يغصب . قال المتولي: الغرة تجب مؤجَّلة ، وإنما يغرم الغاصب عشر قيمـة الأم إذا أخذ الغرة . وتوقف الامام فيه.هذا هو الصحيح المعروف في الولد المحكوم بحريته . وفي وجه : لا ينظر إلى عشر قيمة الأم ، بل تعتبر قيمته لو انفصل حيـاً . وفي وجه : يغرم الغاصب للمالك أكثر الأمرين من قيمة الولد والغرة . ودعوى الجهل في هذا ، كدعواه اذا لم تحبل على ماسبق . وحكى المسعودي خلافاً في قبولها لحرية الولد ،وان قبلت لدفع الحد . ويجب في حالتي العلم والجهل أرش نقص الجارية ان نقصت بالولادة، فان تلفت عنده، وجب أقصى القيم،ودخل فيه نقص الولادة وأرش البـكارة .ولو ردها وهي حبلى، فماتت في يد المالك بالولادة ، قال أبو عبـد الله القطان في « المطارحات »: لا شيء عليه في صورة العلم ، لأن الولد ليس منه حتى يقال : ماتت بولادة ولده . ونقل في صورة الجهل قولين ، وأطلق المتولي القولين بوجوب الضمان .

قلت : الأصح : قول المتولي . والله أعلم

فرع

لو وطىء الغاصبُ باذن المالك ، فحيث قلنا : لا مهر إذا لم يأذن ، فهنا أولى، وإلا ، فقولان محافظة على حرمة البُضع.وفي قيمة الولد ، طريقان .قيل : كالمهر ، وقيل : تجب قطعاً ،لأنه لم يصرح بالاذن في الاحبال .

فصـــل

فيما يرجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه المالك

وفيه فروع .

الأول : إذا تلفت العين المغصوبة عند المشتري ، ضمن قيمتها أكثر ما كانت من يوم قبضهـا إلى التلف ، ولا يضمن زيادة كانت في يد الغاصب ، ولا يرجـع بما ضمنه عالماً كان أو جاهلاً . وعن صاحب « التقريب » : أنه يرجع من المغروم بما زاد على قدر الثمن ،سواء اشتراه رخيصاً ، أم زادت قيمته ، وهو شاذ .

الثاني : إذا تعيَّب المغصوب عند المشتري بعمىً أو شلل أو نحوهما ، فان كان بفعل المشتري ، استقر ضمانه عليه ، وكذا لو أتلف الجميـع .وإن كان بآفة سماوية، فقولان . أظهرهما : لا يرجـع على الغاصب ، وبه قطع المراقيون والأكثرون .

الثالث : منافع المغصوب ، يضمنها المشتري للمالك بأجرة مثلها ، سواء استوفاها بالسكون (١) والركوب واللبس ونحوها ، أم فاتت تحت يده،ولا يرجـع بما استوفاه،

(١) في هامش نسخة الظاهرية ما نصه : لعله بالسكنى .

ولا بالمهر وأرش البكارة على الجديد الأظهر ، ويرجع بما تلف تحت يده على الأصح .

الرابع : لا يرجع بقيمة الولد المنعقد حراً على المذهب . وقيل : قولان . ويرجع بأرش نقص الولادة على المذهب ، وبه قطع العراقيون . وقيل : وجهان. ولو وهب الجارية المغصوبة ،فاستولدها المتهب جاهلاً بالحال، وغرم قيمة الولد ،ففي رجوعه بها وجهان .

الخامس :إذا بنى المشتري أو غرس في المغصوبة ، فجاء المالك ونقض ، رجع بأرش النقصان على الغاصب على الأصح،وبه قطع العراقيون .قال البغوي : والقياس : أن لا يرجع على الغاصب بما أنفق على العبد وما أدى من خراج الأرض ، لأنه شرع في الشراء على أنه يضمنها .

السادس : لو زوج الغاصب المغصوبة،فوطئها الزوج جاهلاً ، غرم مهر المثل للمالك،ولا يرجع به على الغاصب،لأنه شرع فيه على أن يضمن المهر . فلو استخدمها الزوج ،وغرم الاجرة ، لم يرجع ،لانه لم يسلطه بالتزويج على الاستخدام ،بخلاف الوطء ، ويرجع بغرم المنافع التالفة تحت يده ، لانه لم يستوفها ، ولم يشرع على أن يضمن . والقول في قيمتها لو تلفت في يده، سبق ،فان غرمها ، رجع بها .قال الاصحاب: وضابط هذه المسائل ، أن ينظر فيما غرمه مَن أثبت [1] يده على [يد] الغاصب جاهلاً . فان دخل على أن يضمنه ، لم يرجع ، وإن شرع على أن لا يضمنه ،فان لم يستوف ما يقابله ، رجع به . وإن استوفاه ، فقولان . فلو غصب شاة فولدت في يد المشتري ، أو شجرة فأثمرت ، فأكل فائدتها وغرمها للمالك ، ففي رجوعه بما غرم على الغاصب قولان ، كالمهر . وإن هلكت تحت يده ، فهي كالمنافع التي لم

(١) في نسخة الظاهرية : انبنت يده ، وفي « شرح الوجيز » من ترتبت يده .

يستوفها ، وكذا القول في الأكساب . ولو انفصل الولد ميتاً ، فالمذهب : أنه لا ضمان، وكذا إذا انفصل ميتاً في يد الغاصب . ولو استرضع المشتري الجارية في ولده أو ولد غيره ، وغرم أجرة مثلها ، ففي رجوعه بها قولان ، كالمهر ، ويغرم المشتري اللبن وإن انصرف إلى سخلتها وعاد نفعه إلى المالك ، كما لو غصب علفاً وعلف به بهيمة مالكه ، قال البغوي : وينبغي أن يرجع لأنه لم يدخل فيه على أن يضمنه ، ولا عاد نفعه إليه . ولو أجر العين المغصوبة ، غرم المستأجر أجرة المثل للمالك ، ولم يرجع بها على الغاصب ، ويسترد المسمى . ولو أعارها ، رجع المستعير بما غرم للمنافع الفائتة تحت يده . وفي الرجوع بما غرمه للمنافع المستوفاة ، القولان . وكذا ما غرم الأجزاء التالفة بالاستعمال .

فرع

كل ما لو غرّمه المشتري ، رجع به على الغاصب . فاذا طولب به الغاصب وغرمه، لم يرجع به على المشتري . وكل ما [لو] غرمه المشتري ، لم يرجع به على الغاصب، فاذا غرمه الغاصب ، رجع به على المشتري . وكذا الحكم في غير المشتري ، ممن أثبتت يده (١) على يد الغاصب .

فرع

لو نقصت الجارية بالولادة ، والولد رقيق تفي قيمته بنقصها ، لم ينجبر به النقص ، بل يأخذ الولد والأرش .

---

(١) في نسخة الظاهرية : انبنت يده ، وفي « شرح الوجيز » ترتبت يده .

فصل

في مسائل منثورة تتعلق بالكتاب

إحداها : حمال تعب بخشبة ، فأسندها إلى جدار رجل ، فان لم يأذن مالكه ، ضمن الجدار إن وقع بإسناده ، وضمن ماتلف بوقوعه عليه . وإن وقعت الخشبة وأتلفت شيئاً ، ضمن إن وقعت في الحال . وإن وقعت بعد ساعة ، لم يضمن .وإن كان الجدار له أو لغيره ، وقد أذن في إسنادها إليه ، فكذلك يفرق بين أن تقع الخشبة في الحال أو بعد ساعة ، كفتح رأس الزق .

الثانية : غصب داراً فنقضها وأتلف النقض ، ضمن النقض وما نقص من قيمة العرصة . وهل يغرم أجرة مثلها داراً إلى وقت النقض ، أم إلى وقت الرد ؟ وجهان .

الثالثة : غصب شاة وأنزى عليها فحلاً ، فالولد للمغصوب منه . ولو غصب فحلاً وأنزاه على شاته ، فالولد للغاصب؛ ولا شيء عليه للانزاء . فان نقصت قيمته ، غرم الأرش،وينبغي أن يخرج وجوب شيء للانزاء ، على الخلاف في صحة الاستئجار له .

قلت : هذا التفريع ، لا بد منه ،وإنما فرعوه على الأصح. والله أعلم

الرابعة : غصب جارية ناهداً، فتدلى ثديها ، أو عبداً شاباً ،فشاخ ، أو أمرد، فالتحى ، ضمن النقصان .

الخامسة : غصب خشبة فاتخذ منها أبواباً وسمرها بمساميره ، نزع المسامير . فان

نقصت الأبواب به ، ضمن الأرش. ولو بدّلها ، ففي إجبار المغصوب منه على قبولها وجهان سبق نظائرهما .

السادسة : غصب ثوباً ونجسه ، أو تنجس عنده ، لا يجوز له تطهيره ، ولا للمالك أن يكلفه تطهيره . فان غسله فنقص ، ضمن النقص . ولو رده نجساً، فمؤنة التطهير على الغاصب. وكذا أرش النقص اللازم منه ، وتنجيس المائع الذي لا يمكن تطهيره ، إهلاك . وتنجيس الدهن ، مبني على إمكان تطهيره ، إن جوزناه، فهو كالثوب .

السابعة : غصب من الغاصب ، فأبرأ المالكُ الأولَ عن ضمان الغصب ، صح الابراء ،لأنه مطالَب بقيمته ، فهو كدين عليه . وإن ملَّكه العين المغصوبة، برىء، وانقلب الضمان على الثاني حقاً له . وإن باعه لغاصب الغاصب ، أو وهبه له ،وأذن في القبض ، برىء الأول . وإن أودعه عند الثاني وقلنا : يصير أمانة في يده ، برىء الأول أيضاً . وإن رهنه عند الثاني ، لم يبرأ واحد منهما .

الثامنة : إذا رد المغصوبَ إلى المالك أو وكيله ، أو وليه ، برىء.ولو رد الدابة إلى اصطبله ، قال المتولي: برىء أيضاً إذا علم المالك به أو أخبره من يُعتمدُ خبُره ، ولا يبرأ قبل العلم والاخبار .ولو امتنع المالك من الاسترداد ،رفع الأمر إلى الحاكم .

التاسعة : لو أبرأ المالك غاصب الغاصب عن الضمان ، برىء الأول، لان القرار على الثاني ، والاول كالضامن ، كذا قاله القفال وغيره ، وهذا إن كان بعد تلف المال فبيّن ، وإن كان قبله ، فيخرج على صحة إبراء الغاصب مع بقاء المال في يده، وفيه خلاف سبق في كتاب الرهن ،وبالله التوفيق .

قلت : لو غصب مسكاً أو عنبراً أو غيرهما مما يقصد شمه ، ومكث عنده ، لزمه أجرته كالثوب والعبد ونحوهما . [ولو طرح في المسجد غلة أو غيرها وأغلقه ، لزمه أجرة جميعه . وان لم يغلقه ، لكن شغل زاوية منه ، لزمه أجرة ما شغله وممن صرح بالمسألة الغزالي في « الفتاوى » ، قال : وكما يضمن أجزاء المسجد بالاتلاف ، يضمن منفعته باتلافها]. والله أعلم

★ ★ ★

كتاب الشفعة

فيه ثلاثة أبواب .

الأول : فيما تثبت به الشفعة . وله ثلاثة أركان .

الأول : المأخوذ ، وله ثلاثة شروط .

الاول : أن يكون عقاراً قال الأصحاب : الأعيان ثلاثة أضرب . أحدها : المنقولات ، فلا شفعة فيها سواء بيعت وحدهـا أو مع الأرض . الثـاني : الأرض، ثبتت الشفعة فيهـا سواء بيـع الشقص منها وحده ، أم مـع شيء من المنقولات . الثالث : ما كان منقولاً ثم أثبت في الأرض للدوام كالأبنية والأشجار ، فان بيعت منفردة ، فلا شفعة فيها على الصحيـح ، وإن بيعت الأرض وحدها ، ثبتت الشفعة فيها وصار الشفيع معه كالمشتري . وإن بيعت الأبنية والأشجار مع الأرض ، إما صريحاً ، وإما على قولنا : تستتبعها ، ثبتت الشفعة فيها تبعاً للأرض . فلو كان على الشجرة ثمرة مؤبَّرة ، وأدخلت في البيـع بالشرط ، لم تثبت فيها الشفعة ، لأنها لا تدوم في الأرض ، فيأخذ الشفيـع الأرض والنخيل بحصتها . وإن كانت غير مؤبرة ، دخلت في البيـع شرعاً ، وهل للشفيـع أخذها ؟ وجهان أو قولان . أصحها : نعم. فعلى هذا ، لو لم يتفق الأخذ حتى تأبَّرت ، أخذها أيضاً على الأصح . والثـاني: لا يأخذها . فعلى هذا ، فيما يأخذ به الأرض والنخل ؟ وجهان . أصحها : بحصتها من الثمن كالمؤبرة . والثاني : بجميع الثمن ، تنزيلاً له منزلة عيب يحدث . وإن كانت النخل حائلة عند البيـع ، ثم حدثت الثمرة قبل أخذ الشفيـع ، فان كانت مؤبرة ، لم يأخذها ، وإلا ، أخذهـا على الأظهر ، وإذا بقيت الثمار للمشتري ، لزم الشفيع إبقاؤها إلى الادراك . وهذا إذا بيعت الأشجار مع البياض المتخلل لها ،

أو بيع البستان كلّه . أما إذا بيعت الأشجار ومغارسها فقط ، أو بيع الجدار مع الأُس ، فلا شفعة على الأصح ، لأن الارض تابعة هنا ، والمتبوع منقول .

فرع

إذا باع شقصاً فيه زرع لايجزُّ مراراً [وأدخله في البيع بالشرط ، أخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن ولا يأخذ الزرع . وإن كان مما يجزُّ مراراً] ، فالجزَّة الظاهرة لا تدخل في البيع المطلق كالثمرة المؤبَّرة ، والاصول كالاشجار .

فرع

[ما] دخل في مطلق بيع الدار من الابواب ، والرفوف ، والمسامير ، تؤخذ بالشفعة تبعاً، كالأبنية ، وكذا الدولاب الثابت في الارض ، سواء أداره الماء ،أم غيره، بخلاف الدلو والمنقولات . ولو باع شقصاً من طاحونة ، وقلنا : يدخل الحجر الاسفل والاعلى في البيع ، أخذ الاسفل بالشفعة ، وفي الاعلى وجهان كالثمار التي لم تؤبر .

الشرط الثاني : كون العقار ثابتاً . فلو باع شقصاً من غرفة مبنية على سقف لاحدهما أو لغيرها ، فلا شفعة ، إذ لا قرار لها . فلو كان السقف المبني عليه مشتركاً أيضاً ، فلا شفعة على الاصح لما ذكرناه . ولو كان السفل مشتركاً ، والعلو لاحدهما، فباع صاحب العلو نصيبه من السفل ، فوجهان . أحدهما : أن الشريك يأخذ السفل ونصف العلو بالشفعة ، لان الارض مشتركة ، وعلوها تابعها . وأصحهما : لا يأخذ إلا السفل . ولو كان بينهما أرض مشتركة فيها شجر لاحدهما ، فباع صاحب الشجر الشجر ونصيبه من الارض ، فعلى الوجهين .

الشرط الثالث : كونه منقسماً ، فالعقار الذي لا يقبل القسمة ، لا شفعة فيه

على المذهب ، وهو قوله الجديد . وقيل : تثبت . ومنهم من حكاه ، قولاً قديماً .
والمراد بالمنقسم : ما يجبر الشريك على قسمته إذا طلب شريكه القسمة . وفي ضبطه أوجه . أحدها : أنه الذي لا تنقص القسمة قيمته نقصاً فاحشاً، حتى لو كانت قيمة الدار مائة ، ولو قسمت عادت قيمة كل نصف ثلاثين ، لم تقسم . والثاني : أنه الذي ينتفع به بعد القسمة بوجه ما . أما مالا يبقى فيه نفع بحال ، فلا يقسم . وأصحها الثالث : أنه الذي إذا قسم ، أمكن أن ينتفع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة ، ولا عبرة بامكان نفع آخر . إذا عرف هذا ، فلو كان بينهما طاحونة أو حمام ، أو بئر أو نهر ، فباع أحدهما نصيبه ، نظر ، إن كان المبيع كبيراً بحيث يمكن جعل الطاحونة ثنتين لكل واحدة حجران ، والحمام حمامين، أو كل بيت منه بيتين ، والبئر واسعة يمكن أن يبنى فيها فيجعل بئرين لكل واحدة بياض يقف فيه المستقي ، ويلقى فيه ما يُخرَج منها ، ثبتت الشفعة فيها . وإن لم يمكن ذلك وهو الغالب من هذه الأنواع ، فلا شفعة على الأصح . وعلى الوجهين الآخرين ، لا يخفى الحكم .ولو اشترك اثنان في دار صغيرة ، لأحدهما عشرها ،والآخر باقيها ، فان أثبتنا الشفعة فيما لا ينقسم ، فأيهما باع فلصاحبه الشفعة ، وإن منعناها، فباع صاحب العُشر ، فلا شفعة لصاحبه . وإن باع صاحب الكبير ، فلصاحبه الشفعة على الأصح تفريعاً على الأصح : أن صاحب الأكثر يجاب إلى القسمة . ولو كان حول البئر بياض وأمكنت القسمة بجعل البئر لواحد ، والبياض لآخر ليزرعه أو يسكن فيه ، أو كان موضع الحجر في الرحى واحداً ، ولكن فيها بيت يصلح لغرض ، وأمكنت القسمة بجعل موضع الرحى لواحد ، وذلك البيت لآخر ، فقال جماعة: تثبت الشفعة وأن هذه البئر من المنقسمات ، وهذا تفريع على الاجبار في هذا النوع من القسمة . وعلى أنه لا يشترط فيما يصير لكل واحد ، إمكان الانتفاع [به] من الوجه الذي كان .

فرع

شريكان في مزارع وبئر يستقى منها ، باع أحدهما نصيبه منهما ، ثبت للآخر الشفعة فيهما إن انقسمت البئر أو أثبتنا الشفعة فيما لا ينقسم ، وإلا ، فتثبت في المزرعة قطعاً ، ولا تثبت في البئر على الأصح .

الركن الثاني : الآخذ ، وهو كل شريك في رقبة العقار ، سواء فيه المسلم والذمي ، والحر ، والمكاتب . حتى لو كان السيد والمكاتب شريكين في دار ، فلكل منهما الشفعة على الآخر ، ولا شفعة للجار ، ملاصقاً كان أو مقابلاً . وفي وجه : للملاصق الشفعة ، وكذا المقابل إذا لم ينفذ بينهما طريق ، وهو شاذ ، والصحيح المعروف : الأول . وإذا قضى الحنفي لشافعي بشفعة الجوار ، لم يعترض عليه في الظاهر ، وفي الحل باطناً خلاف موضعه كتاب الأقضية .

قلت : ولا يقتضي قضاء الحنفي بشفعة الجوار على الأصح . والله أعلم

فرع

الدار إن كان بابها مفتوحاً إلى درب نافذ ، ولا شركة لأحد فيها ، فلا شفعة فيها ولا في ممرها ، لأن هذا الدرب غير مملوك . وإن كان بابها إلى درب غير نافذ ، فالدرب مشترك بين سكانه . فان باع نصيبه من الممر فقط ، فللشركاء الشفعة فيه إن كان منقسماً كما سبق ، وإلا ، ففيه الخلاف السابق . وإن باع الدار بممرها ، فلا شفعة لشركاء الممر في الدار على الصحيح . فان أرادوا أخذ الممر بالشفعة ، نظر ، إن كان للمشتري طريق آخر إلى الدار ، أو أمكنه فتح باب آخر إلى شارع ، فلهم ذلك على الصحيح إن كان منقسماً ، وإلا . فعلى الخلاف في غير

المنقسم . وقال الشيخ أبو محمد : إن كان في اتخاذ الممر الآخر عسر ، أو مؤنة لها وقع ، وكانت الشفعة على الخلاف ، والمذهب : الأول . وإن لم يكن طريق آخر ، ولا أمكن اتخاذه ، ففيه أوجه . أصحها : لا شفعة لهم ، لما فيه من الاضرار بالمشتري . والثاني : لهم [الأخذ] والمشتري هو المضر بنفسه بشرائه هذه الدار . والثالث : إن مكّنوا المشتري من المرور ، فلهم الشفعة ، وإلا ، فلا ، جمعاً بين الحقين . وشركة مالكي سور الخان (١) في صحنه ، كشركة مالكي الدور في الدرب الذي لا ينفذ، وكذا الشركة في مسيل الماء إلى الأرض دون الارض ، وفي بئر المزرعة دون المزرعة ، كالشركة في الممر .

فرع

تثبت الشفعة للذمي على المسلم ، وعلى الذمي كثبوتها للمسلم ، فلو باع ذمي شقصاً لذمي بخمر أو خنزير ، وترافعوا إلينا بعد الاخذ بالشفعة ، لم نردّه . ولو ترافعوا قبله ، لم نحكم بالشفعة . ولو بيع الشقص ، فارتد الشريك ، فهو على شفعته إن قلنا : الردة لا تزيل المالك . وإن قلنا : تزيله ، فلا شفعة . فان عاد إلى الاسلام، وعاد ملكه ، لم تعد الشفعة على الاصح . وإن قلنا بالوقف ، فمات أو قتل على الردة ، فللامام أخذه لبيت المال . كما لو اشترى معيباً ، أو بشرط الخيار ، وارتد ومات ، فللامام رده . ولو ارتد المشتري ، فالشفيع على شفعته .

فرع

دار نصفها لرجل ، ونصفها لمسجد، اشتراه قيّم المسجد له ، أو وهب [له] ليُصرف في عمارته ، فباع الرجل نصيبه ، كان للقيم أخذه بالشفعة إن رأى فيه

(١) كذا في الأصل ، والذي في « شرح الوجيز » : وشركة مالكي بيوت الخان .

مصلحة، كما لو كان لبيت المال شركة في دار ، فباع الشريك نصيبه ، فللامام الاخذ بالشفعة . وإن كان نصف الدار وقفاً، ونصفُها طِلْقاً ،فباع المالك نصيبه ،فلا شفعة لمستحق الوقف على المذهب ، ولا شفعة لمالك المنفعة فقط بوصية أو غيرها .

فرع

المأذون له بالتجارة ، إذا اشترى شقصاً،ثم باع الشريك نصيبه ، فله الأخذ بالشفعة، إلا أن يمنعه السيد أو يسقط الشفعة.وله الاسقاط وإن أحاطت به الديون وكان في الاخذ غبطة ، كما له منعه من الاعتياض في المستقبل . ولو أراد السيد أخذه بنفسه ، فله ذلك .

فرع

لا يخفى أن الشركة لا تعتبر في مباشرة الأخذ ، وإنما هي معتبرة فيمن يقع الأخذ له ،بدليل الوكيل ، والولي ، والعبد المأذون ، فان لهم الاخذ .

الركن الثالث : المأخوذ منه ، وهو المشتري ومَنْ في معناه. وفي ضبطه قيود.

الأول : كون ملكه طارئاً على ملك الآخذ . فاذا اشترى رجلان داراً معاً، أو شقصاً من دار، فلا شفعة لواحد منهما على الآخر،لاستوائهما في وقت حصول الملك .

الثاني : كونه لازماً . فان باع بشرط الخيار لهما ، أو للبائع ، فلا شفعة ما دام الخيار باقياً . وإن شرط الخيار للمشتري فقط ، فان قلنا : الملك له، أخذه الشفيع في الحال على الأظهر عند الجمهور . وإن قلنا : الملك للبائع ، أو موقوف، لم يأخذ في الحال على الاصح.فان قلنا:يأخذ، تبيَّنَّا أن المشتري ملكه قبل أخذه، وانقطع الخيار .

فرع

باع أحد الشريكين نصيبه بشرط الخيار، ثم باع الثاني نصيبه في زمن الخيار بيع بتات ، فلا شفعة في المبيع أولاً للبائع الثـاني إذ زال ملكه ، ولا المشترى منه ، وإن تقدّم ملكُه على ملك المشتري الاول إذا قلنـا : لا يملك في زمن الخيار ، لأن سبب الشفعة البيع ، وهو سابق على ملكه . وأما الشفعة في المبيع ثانياً ،فموقوفة إن توقفنا في الملك ، وللبائع الاول إن أبقينا الملك له ، وللمشترى منه إن أثبتنا الملك له.وعلى هذا ، قال المتولي : إن فسخ البيـع قبل العـلم بالشفعة ، بطلت شفعته إن قلنا : الفسخ بخيار الشرط يرفع العقد من أصله . وإن قلنا: يرفعه من حينه ، فهو كما لو باع ملكه قبل العلم بالشفعة . وإن أخذه بالشفعة،ثم فسخ البيـع ، فالحـكم في الشفعة كالحـكم في الزوائد الحادثة في زمن الخيار .

فصـل

إذا وجد المشتري بالشقص عيباً قديماً ، وأراد ردّه ،وجاء الشفيـع يريد أخذه، ويرضى بكونه معيباً ، فقولان . وقيل : وجهـان . أظهرهما عند الجمهور ، وقطع به بعضهم : أن الشفيـع أولى بالاجابة ، لأن حقه سابق ،فانه ثبت بالبيع ، ولأن غرض المشتري استدراك الظلامة وتحصيل الثمن، وذلك حاصل بأخذ الشفيـع.ولأنا لو قدّمنا المشتري ، بطل حق الشفيـع بالـكلية . وإذا قدمنـا الشفيـع ، حصل للمشتري مثل الثمن أو قيمته . والثاني : المشتري أولى ، لأن الشفيـع إنما يأخـذ إذا استقر العقد . ولو رده بالعيب قبـل مطالبة الشفيع ، ثم طلب الشفيـع ، فان قلنا : المشتري أولى عند اجتماعهما ، فلا يجاب ، وإلا ، فيجاب على الأصح، ويفسخ

الرد. أو نقول :تبيَّنَّا أن الرد كان باطلاً ، والخلاف ـ في أن المشتري أولى أو الشفيع ـجارٍ فيما لو اشترى شقصاً بعبد ،ثم وجد البائع بالعبد عيباً فأراد رده واسترداد الشقص ، وأراد الشفيع أخذه بالشفعة. وحكى البغوي جريانه فيما لو اشترى شقصاً بعبد وقبض الشقص قبل تسليم العبد ، فتلف العبد في يده ، ففي وجه : تبطل شفعة الشفيع . وفي وجه : يتمكن من الأخذ . وقطع ابن الصباغ وغيره ، بانه إذا كان الثمن عيناً فتلف قبل القبض ، بطل البيع والشفعة .

فصل

أصدقها شقصاً،ثم طلقها قبل الدخول ، أو ارتد ،وجاء الشفيع يريد أخذه بالشفعة ، فله أخذ نصفه ،وأما النصف الآخر ، فهل الزوج أولى به، أم الشفيع ؟ وجهان. وكذا إذا اشترى شقصاً وأفلس بالثمن ،فأراد البائع الفسخ ،والشفيع الأخذ بالشفعة ، فيه الوجهان . أصحها : فيهما الشفيع أولى ،لأن حقه أسبق ، فانه ثبت بالعقد . وفي وجه ثالث : الشفيع في الاولى أولى، والبائع في الثانية أولى . فاذا قدمنا الشفيع في صورة الافلاس ، ففيه أوجه . أصحها : أن الثمن المأخوذ من الشفيع مقسوم بين الغرماء كلهم،لان حق البائع إذا انتقل إلى الذمة ، صار كسائر الغرماء ، وبهذا قال ابن الحداد ، والثاني : يقدم البائع بالثمن رعاية للجانبين . والثالث : إن كان البائع سلّم الشقص ثم أفلس المشتري ،لم يكن أولى بالثمن،لرضاه بذمته . وإن لم يسلّمه ، فهو أولى بالثمن . والخلاف في نصف الصداق، جارٍ فيما إذا أعاد كله إلى الزوج بردتها ،أو فسخ قبل الدخول . هذا إذا اجتمع الشفيع والزوج أو البائع، أما إذا أخذ الشفيع الشقص من يد الزوجة، ثم طلق الزوج، أو من يد المشتري ، ثم أفلس ، فلا رجوع للزوج والبائع إلى الشقص بحال ،

لكن ينتقل حق البائع إلى الثمن ، وحق الزوج إلى القيمة في مالها ، كما لو زال الملك ببيع أو غيره . ولو طلقها قبل علم الشفيع،وأخذ النصف ، ثم جاء الشفيع، ففي استرداده ما أخذه الزوج ، وجهان ، كما لو جاء بعد الرد بالعيب . وقيل : لا يسترد قطعاً،لان المهر يتشطر بالطلاق من غير اختيار ، فيبعد نقضه . فان قلنا : يسترده ، أخذه وما بقي في يدها ، وإلا، فيأخذ ما في يدها ويدفع إليها نصف مهر المثل . ولو كان للشقص المهور شفيعان، فطلبا ،وأخذ أحدهما نصفه ، ثم طلقها قبل أن يأخذ الآخر ، فلا يأخذالزوج النصف الحاصل في يد الشفيع . وأما النصف الآخر،فهل هو أولى،أم الشفيع؟فيه الخلاف السابق ،ويجري فيما إذا أخذ أحد الشفيعين من يد المشتري ، ثم أفلس . فان قلنا : الشفيع أولى ، ضارب البائع مع الغرماء بالثمن . وإن قلنا : البائع أولى ، فان شاء أخذ النصف الباقي وضارب مع الغرماء بنصف الثمن ، وإلا ، فيتركه ويضارب بكل الثمن .

القيد الثالث : أن يملكه بمعاوضة . فان ملك بارث ، أو هبة ، أو وصية ، فلا شفعة . فان وهب بشرط الثواب ، أو مطلقاً ، وقلنا : تقتضي الثواب ، تثبت الشفعة على الاصح للمعاوضة . وقيل : لا ، لانها ليست مقصودة . فعلى الاصح ، هل يأخذ قبل قبض الموهوب لانه صار بيعاً،أم لا ، لان الهبة لا تتم إلا بالقبض؟ وجهان . أصحهما : الاول .

فرع

اشترى شقصاً ،ثم تقايلا، فان عفا الشفيع ،وقلنا : الاقاله بيع ، تجددت الشفعة، وأخذه من البائع . وإن قلنا :فسخ ،لم تتجدد كما لا تتجدد بالرد بالعيب . وإن قاله قبل علم الشفيع بالشفعة . فان قلنا : الاقالة بيع ، فالشفيع بالخيار بين أن

يأخذ بها، وبين أن ينقضها حتى يعود الشقص إلى المشتري ، فيأخذ منه . وإن قلنا: فسخ ، فهو كطلب الشفعة بعد الرد بالعيب .

فرع

إذا جعل الشقص أجرة، أو جعلا ، أو رأس مال[في]سلم، أو صداقاً، أو متعة ، أو عوض خلع أو صلح عن دم أو مال ، أو جعله المكاتب عوضاً عن النجوم ، ثبتت الشفعة في كل ذلك . ولو أقرضه شقصاً ، قال المتولي : القرض صحيح ، وللشفيع أخذه إذا ملكه المستقرض. وإنما ثبتت الشفعة في الجعل بعد العمل. وحكي وجه : أنه إذا [كان]ما يقابل الشقص مما لا يثبت في الذمة بالسلم ولا بالقرض ، فلا شفعة ،وهو شاذ ضعيف.

فرع

بذل شقصاً عن بعض النجوم ، ثم عجز ورق ، فهل تبقى الشفعة لانه كان عوضاً ، أم تبطل لخروجه عن العوض ؟ وجهان . أصحهما : الثاني .

فرع

قال المولى لمستولدته : إن خدمت أولادي شهراً ، فلك هذا الشقص ، فخدمتهم، استحقته . وهل تثبت فيه الشفعة كالاجرة ، أم لا، لانه وصية معتبرة من الثلث ؟ وجهان . أصحهما : الثاني .

فصل

إذا باع الوصي أو القيم شقص الصبي وهو شريكه ، فلا شفعة له على الأصح . وبه قال ابن الحداد ، لأنه لو تمكن منه ، لم يؤمن أن يسامح في الثمن ، ولهذا لا يبيعه مال نفسه . ولو اشترى شقصاً للطفل وهو شريك في العقار ، فله الشفعة على الصحيح ، إذ لا تهمة . وقيل : لا ، لأن في الشراء والأخذ تعليق عهدة الصبي من غير نفع له ، والأب والجد الأخذ بالشفعة إذا كانا شريكين ، سواء باعا أو اشتريا لقوة ولايتهما وشفقتهما ، كما [له] بيع ماله لنفسه . ولو كان في حجر الوصي يتيمان بينهما دار ، فباع نصيب أحدهما لرجل ، فله أخذه بالشفعة للآخر .

فرع

وكّل أحد الشريكين صاحبه في بيع نصيبه ، فباعه ، فللوكيل أخذه بالشفعة على الاصح وقول الاكثرين ، لان الموكل ناظر لنفسه يعترض على الوكيل إن قصر ، بخلاف الصبي . ولو وكل رجل أحد الشريكين في شراء الشقص ، فللوكيل الاخذ بالشفعة بلا خلاف . ولو وكل الشريكُ الشريكَ في بيع نصف نصيبه [وأذن له في بيع نصيبه، أو بعض نصيبه مع نصيب الموكل إن شاء، فباع نصف نصيب الموكل مع نصيبه] صفقة واحدة ، فللموكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة . وهل للوكيل أخذ نصيب الموكل ؟ فيه الوجهان .

فرع

إذا كان للمشتري في الدار شركة قديمة ، بأن كانت بين ثلاثة أثلاثاً ، فباع أحدهم نصيبه لأحد صاحبيه ، فالاصح أن المشتري والشريك الآخر يشتركان في أخذ الشقص ، لاستوائهما في الشركة . وقيل : الشريك الثالث يختص بالشفعة ، فعلى هذا

إن شاء أخذ جميع الشقص ، وإن شاء تركه . وعلى الاصح : إن شاء أخذ نصف الشقص ، أو تركه . فان قال المشتري : خذ الكل ، أو اترك الكل ، وقد تركت أنا حقي ، لم تلزمه الاجابة ، ولم يصح إسقاط المشتري حقه من الشفعة ، لأن ملكه استقر على النصف بالشراء ، فصار كما لو كان للشقص شفيعان : حاضر ، وغائب ، فأخذ الحاضر الجميع ، فحضر الغائب ، له أن يأخذ نصفه ، وليس للحاضر أن يقول : اترك الجميع أو خذ الجميع فقد تركت حقي ، ولا نظر إلى تبعيض الصفقة عليه ، فانه لزم من دخوله في هذا العقد . وحكي وجه : أنه إذا ترك المشتري حقه ، لزم الآخرَ أخذُ الكل أو تركه ، كما لو عفا أحد الشفيعين الأجنبيين . ولو كان بين اثنين دار ، فباع أحدهما نصف نصيبه لثالث ، ثم باع النصف الثاني لذلك الثالث ، فعلى الاصح حكمه كما لو باع النصف الثاني لاجنبي ، وسيأتي بيانه في الباب الثاني إن شاء تعالى . وعلى الوجه الآخر : لا شفعة للمشتري ، وللشفيع الخيار بين أن يأخذ الكل أو يأخذ أحد النصفين فقط .

فصل

إذا باع في مرض موته شقصاً ، وحابى ، فقد يكون الشفيع والمشتري أجنبيين ، أو وارثين ، وقد يكون المشتري وارثاً فقط ، أو عكسه ، فهذه أربعة أضرب .

الاول : إذا كانا أجنبيين ، فان احتمل الثلث المحاباة ، صح البيع ، وأخذ الشقص بالشفعة . وإن لم يحتمله ، بأن باع شقصاً يساوي ألفين بألف ، ولا مال له غيره ، نظر ، إن رده الوارث ، بطل البيع في قدر المحاباة . وفي صحته في الباقي طريقان . أحدهما : فيه قولا تفريق الصفقة . والثاني : القطع بالصحة . وإذا قلنا بالصحة ، ففيما يصح فيه البيع ؟ قولان . أحدهما : يصح في قدر الثلث ، والقدر الذي يوازي الثمن بجميع الثمن . والثاني : لا يسقط شيء من المبيع إلا ويسقط ما يقابله من

الثمن . وقد سبق بيان الأظهر من القولين في باب تفريق الصفقة . فان قلنا بالقول الأول ، صح البيع في الصورة المذكورة في خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن . وإن قلنـا بالثاني ، دارت المسألة . وحسابها أن يقال : يصـح البيـع في شيء من الشقص بنصف شيء ، يبقى مع الورثة ألفان إلا نصف شيء ، وذلك يعدل مثلي المحاباة ، وهي نصف شيء ، فمثلاها شيء ، فنجبُر ونقابل ، فيكون ألفان معادلين لشيء ونصف ، والشيء من شيء ونصف ثلثـاه ، فعلمنا أن البيـع صح في ثلثي الشقص ، وقيمته ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث بثُلثي الثمن ، وهو نصف هذا المبلغ ، فتكون المحاباة ستمائة وستة وستين وثُلُثين ، يبقى للورثة ثلث الشقص وثلثا الثمن ، وهما ألف وثلثمائه وثلاثة وثلاثون وثلث ، وذلك ضعف المحاباة . وعلى القولين جميعاً ، للمشتري الخيار ، لأن جميع المبيـع لم يسلَّم له . فان أجاز ، أخذ الشفيـع خمسة أسداس الشقص بجميـع الثمن على القول الأول ، وثُلُثيه بثلث الثمن على الثاني. وإن أراد أن يفسخ ، وطلب الشفيـم ، فأيهما يجاب ؟ فيه الخلاف السابق في الرد بالعيب ، وكذا لو فسخ قبل طلب الشفيع ، هل تبطل الشفعة ، أم للشفيع رد الفسخ ؟ فيه ما سبق من الخلاف . وإن أجاز الورثة ، صح البيع في الكل . ثم إن قلنا : إن إجازتهم تنفيذ لما فعل الميت ، أخذ الشفيـم الكل بكل الثمن . وإن قلنا : إنها ابتداء عطية منهم ، لم يأخذ القدر المنفّذ باجازتهم ، ويأخذ المستغني عن إجازتهم ، وفيه القولان المذكوران عند الرد .

الضرب الثاني والثالث : أن يكونا وارثين ، أو المشتري وارثاً ، فيكون هذا البيع محاباة مع الوارث ، وهي مردودة . فان لم نفرق الصفقة ، بطل البيع في الكل، وإن فرقناها ، فان قلنا في الضرب الأول ـ والتصوير كما سبق ـ : إن البيـع يصح في

خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن ، فهنا في مثل تلك الصورة يصح البيع في نصفه بجميع الثمن ، وإن قلنا هناك : يصح في ثلثيه بثلثي الثمن ، فهنا يبطل البيع في الكل ، كذا ذكره القفال وغيره ، وفيه نظر . وينبغي أن يفرق بين الاجازة والرد ، كالضرب الأول .

الضرب الرابع : أن يكون الشفيع وارثاً دون المشتري . فان احتمل الثلث المحاباة ، أو لم يحتمل ، وصححنا البيع في بعض المحاباة في الضرب الأول ، ومكنّا الشفيع من أخذه ، فهنا أوجه . أصحها عند الجمهور : يصح البيع ويأخذه الوارث بالشفعة ، لأن المحاباة مع المشتري ، لا مع الوارث . والثاني : يصح ولا يأخذه الوارث بالشفعة . والثالث : لا يصح البيع أصلاً لتناقض الأحكام . والرابع : يصح في الجميع ويأخذ الشفيع ما يقابل الثمن ، ويبقى الباقي للمشتري مجاناً . والخامس: لايصح البيع إلا في القدر المقابل للثمن .

فصل

وقد سبق أنّ تقدّم ملكِ الآخذ على ملك المأخوذ منه شرطٌ . فلو كان في يد رجلين دار اشترياها بعقدين ، وادعى كلٌ أن شراءه سبق ، وأنه يستحق على صاحبه الشفعة ، نظر ، إن ابتدأ أحدهما بالدعوى ، أو جاءا معاً وتنازعا في البُداءة، فقدم أحدهما بالقرعة فادعى ، فعلى الآخر الجواب ، ولا يكفيه قوله : شرائي قبلُ، لأنه ابتداء دعوى ، بل إما أن ينفي سبق شراء المدعي ، وإما أن يقول : لايلزمني تسليم شيء إليك ، وحينئذٍ يحلّف ، فان حلف ، استقر ملكه ثم تسمع دعواه على الأول ، فان حلف ، استقر ملكه أيضاً . وإن نكل المدعى عليه أولاً ورُدَّت اليمين على المدعي ، فان حلف ، أخذ ما في يد المدعى عليه ، وليس للمدعى عليه

الناكل بعد ذلك أن يدعي عليه ، لأنه لم يبق له ملك يأخذ به . وإن نكل المدعي عن اليمين المردودة ، سقطت دعواه ، وللمدعى عليه أن يدعي عليه . هذا إذا لم يكن بيّنة . أما إذا أقام أحدهما بيّنة بالسبق ، فيقضى له . وإن أقام كلٌ منهما بينة على سبق شرائه مطلقاً ، أو على أنه اشترى يوم السبت وصاحبه يوم الأحد ، فمتعارضتان ، وفي تعارضهما قولان . أظهرهما : سقوطهما ، فكأنه لا بينة . والثاني : تستعملان . وفي كيفيته أقوال . أحدها : بالقرعة . فمن قرع ، أخذ نصيب الآخر بالشفعة . والثاني : بالقسمة ، ولا فائدة فيها هنا ، إلا أن تكون الشركة بينهما على التفاوت، فيكون التنصيف مقيداً (١) . والثالث : الوقف . وعلى هذا ، يوقف حق التملك إلى أن يظهر الحال . وقيل : لا معنى للوقف هنا . ولو عينت البينتان وقتاً واحداً ، فلا منافاة ، لاحتمال وقوع العقدين معاً ، ولا شفعة لواحد منهما ، لوقوع العقدين معاً . وفي وجه : تسقطان [والله أعلم] .

الباب الثاني

في كيفية الأخذ بالشفعة

فيه أطراف .

الأول : فيما يحصل به الملك ، لا يشترط في التملك بالشفعة حكم الحاكم ، ولا إحضار الثمن ، ولا حضور المشتري ، ولا رضاه . وقال الصعلوكي : حضور المأخوذ منه ، أو وكيله ، شرط ، وهو شاذ ضعيف ، ولا بد من جهة الشفيع من لفظ ، كقوله : تملكت ، أو اخترت الأخذ بالشفعة ، أو أخذته بالشفعة ، وما أشبهه. وإلا ، فهو من باب المعاطاة . ولو قال : أنا مطالب بالشفعة ، لم يحصل به التملك

---

(١) في نسخ الظاهرية : فيكون التنصيف مفيداً .

على الأصح ، وبه قطع المتولي . ولذلك قالوا : يعتبر في التملك بها ، أن يكون الثمن معلوماً للشفيع ، ولم يشترطوا ذلك في الطلب . وينبغي أن يكون في صحة التملك مع جهالة الثمن ما ذكرناه في بيع المرابحة . وفي « التتمة » إشارة إلى نحوه ، ثم لا يملك الشفيع بمجرد اللفظ ، بل يعتبر معه أحد أمور .

الاول : أن يسلّم العوض إلى المشتري ، فيملك به قبل أن يسلمه [١] ، وإلا فيخلي بينه وبينه ، أو يرفع الأمر إلى القاضي حتى يلزمه التسليم .

قلت : أو يقبض عنه القاضي . والله أعلم

الثاني : أن يسلّم المشتري الشقص ويرضى بكون الثمن في ذمته ، إلا أن يبيع شقصاً من دار عليها صفائح ذهب بالفضة ، أو عكسه ، فيجب التقابض في المجلس. ولو رضي بكون الثمن في ذمته ، ولم يسلم الشقص ، فوجهان . أحدهما : لا يحصل الملك ، لأن قول المشتري وعد . وأصحها : الحصول ، لأنه معاوضة ، والملك في المعاوضات لا يقف على القبض .

الثالث : أن يحضر مجلس القاضي ويثبت حقه بالشفعة ، ويختار التملك ، فيقضي القاضي له بالشفعة ، فوجهان . أحدهما : لا يحصل الملك حتى يقبض عوضه ، أو يرضى بتأخره . وأصحها : الحصول .

الرابع : أن يشهد عدلين على الطلب واختيار الشفعة . فان لم نثبت الملك بحكم القاضي ، فهنا أولى ، وإلا ، فوجهان لقوة قضاء القاضي . وإذا ملك الشفيع الشقص بغير الطريق الأول ، لم يكن له أن يتسلّمه حتى يؤدي الثمن ، وأن يسلّمه المشترى قبل أداء الثمن ، ولا يلزمه أن يؤخر حقه بتأخير البائع حقه . وإذا لم

---

(١) في نسخ الظاهرية : فيملك به إن تسلمه .

يكن الثمن حاضراً وقت التملك، أمهل ثلاثة أيام . فان انقضت ولم يحضره،فسخ الحاكم تملكه ، هكذا قاله ابن سريج والجمهور . وقيل : إذا قصر في الأداء،بطل حقه . وإن لم يوجد، رفع الأمر إلى الحاكم وفسخ منه .

فرع

يثبت خيار المجلس للشفيع على الأصح المنصوص ، وعلى هذا فيمتد إلى مفارقته المجلس . وهل ينقطع بأن يفارقه المشتري ؟ وجهان .

قلت : الذي صححه الأكثرون : أنه لا خيار للشفيع، ممن صححه صاحب « التنبيه » ،والفارقي، والرافعي في « المحرر »، وقطع به البغوي في كتابيه « التهذيب» وشرح « مختصر المزني »، وهو الراجح أيضاً في الدليل . والله أعلم

فرع

إذا ملك الشفيع ، امتنع تصرف المشتري ، فلو طلبه ولم يثبت الملك بعدُ، لم يمتنع ، وفيه احتمال الامام ، لتأكد حقه بالطلب . وفي نفوذ تصرف الشفيع قبل القبض إذا كان قد سلم الثمن ، وجهان . أصحها : المنع كالمشتري . والثاني : الجواز، لأنه قهري كالارث . ولو ملك بالاشهاد أو بقضاء القاضي ، لم ينفذ تصرفه قطعاً، وكذا لو ملك برضى المشتري بكون الثمن عنده .

فرع

في تملك الشفيع الشقص الذي لم يره ، طريقان .

أصحها : أنه على قولي بيع الغائب،إن منعناه ، لم يتملكه قبل الرؤية ، وليس للمشتري منعه من الرؤية ، وإن صححناه ، فله التملك .ثم قيل : خيار الرؤية على الخلاف في خيار المجلس . وقيل : يثبت قطعاً ، لأن خيار المجلس يبعد ثبوته لأحد الجانبين [1] ، بخلاف خيار الرؤية .

قلت : هذا الثاني ، أصح ،وصححه الامام . والله أعلم

والطريق الثاني : القطع بالمنع وإن صححنا بيع الغائب ، لأن البيع جرى بالتراضي ،فأثبتنا الخيار فيه ،وهاهنا الشفيع أخذ من غير رضى المشتري، فلا يمكن إثبات الخيار فيه. فلو رضي المشتري أن يأخذه الشفيع ويكون بالخيار ، فعلى قول الغائب [2] . وإذا جوزنا له التملك وأثبتنا الخيار ، فللمشتري أن يمتنع من قبض الثمن وإقباض المبيع حتى يراه ، ليكون على ثقة منه .

فرع

للشفيع الرد بالعيب .ولو أفلس وكان المشتري سلّم إليه الشقص راضياً بذمته ، فله الاسترداد .

الطرف الثاني فيما يأخذ به الشفيع . والمأخوذ أنواع .

أحدها : المبيع . فان بيع بمثلي ، أخذه بمثله.ثم إن قُدّر بمعيار الشرع ، أخذه به ، وإن قُدّر بغيره ، بأن باع بمائة رطل حنطة ، فهل يأخذه بمثله وزناً أم كيلاً ؟ فيه خلاف سبق في القرض . فلو كان المثل منقطعاً وقت الأخذ ،عدل

---

(١) في نسخ الظاهرية : من أحد الجانبين .

(٢) في نسخ الظاهرية : كان على قولي الغائب .

إلى القيمة كالغصب . وإن بيع بمتقوَّم من عبد وثوب ونحوهما ،أخذه بقيمة ذلك المتقوَّم . والاعتبار بقيمة يوم البيع ، لأنه يوم إثبات العوض . وقال ابن سريج والبغوي وجماعة :يعتبر يوم استقرار العقد وانقطاع الخيار .

النوع الثاني : أن يكون الشقص رأس مال سلَم أخذه بمثل المسلَم فيه إن كان مثلياً ، أو بقيمته إن كان متقوَّماً .

الثالث : إذا صالح من دين على شقص ، أخذه بمثل ذلك الدين إن كان مثلياً ، أو بقيمته إن كان متقوَّماً . وسواء دين المعاملة ودين الاتلاف .

الرابع : الشقص الممهور ، يؤخذ بمهر مثل المرأة . وكذا إذا خالعها على شقص . والاعتبار بمهر مثلها يوم النكاح ويوم الخلع . هذا هو الصحيح المعروف. وفي « التتمة » وجه : أنه يأخذه بقيمة الشقص . ولو متَّع المطلقة بشقص ،أخذه الشفيع بمتعة مثلها، لا بالمهر .

الخامس : إذا أخذ من المكاتَب شقصاً عوضاً عن النجوم ، أخذه الشفيع بمثل النجوم أو بقيمتها .

السادس : الشقص الذي جُعِل أجرة يؤخذ بأجرة مثل الدار .

السابع : إذا صالح عليه عن الدم ، أخذه الشفيع بقيمة الدية يوم الجناية ، ويعود فيه قول ابن سريج والبغوي .

الثامن : قال المتولي : إذا اقترض شقصاً أخذه الشفيع بقيمته وإن قلنا : المقترض يرد المثلي .

فصل

إذا كان الثمن حالاً ، بذله الشفيع في الحال . فان كان بألف إلى سنة مثلاً،

ففيه أقوال . أظهرها : يتخير ، إن شاء عجل الثمن وأخذ الشقص في الحال ، وإن شاء صبر إلى أن يحلّ الأجل،فحينئذٍ يبذل الألف ، ويأخذ[الشقص]،وليس له أن يأخذ بألف مؤجَّل . والثاني : له الأخذ بألف مؤجل . والثالث : يأخذ بعرض يساوي الألف إلى سنة ، فعلى الأول: لا يبطل حقه بالتأخير ، لانه بعذر .وهل يجب إعلام المشتري بالطلب ؟ وجهان . أصحها : نعم . ولو مات المشتري وحلّ عليه ، لم يتعجل الأخذ على الشفيع ، بل هو على خيرته، إن شاء عجل ، وإن شاء أخر إلى انقضاء السنة . وإن مات الشفيع ،فالخيرة لوارثه . ولو باع المشتري الشقص في المدة ، صح ،والشفيع بالخيار بين أن يأخذه بالثمن الثاني ،وبين أن يفسخه في الحال،أو عند حلول الاجل ،ويأخذه بالثمن الاول .هذا إذا قلنا بالمذهب: إن الشفيع ينقض تصرف المشتري ، وفيه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى.وإن قلنا بالقول الثاني ، ففي موضعه وجهان . أحدهما : أنه إنما يأخذ بثمن مؤجل إذا كان مليئاً موثوقاً به وأعطى كفيلاً مليئاً ، وإلا ، فلا يأخذ . والثاني : له الاخذ مطلقاً . وإذا أخذه ثم مات ، حل عليه الاجل . وإن قلنا بالثالث ، فتعيين العرض إلى الشفيع ، وتعديل القيمة إلى من يعرفها . قال الامام : فلو لم يتفق طلب الشفعة حتى حلّ الاجل ، وجب أن لا يطالب على هذا القول إلا بالعرض المعدّل ، لان الاعتبار في قيمة عوض المبيع بحال البيع، ثم على القول الثاني والثالث ،إذا أخر الشفيع ، بطل حقه .

فصل

إذا اشترى مع الشقص منقولاً ، كسيف وثوب ، صفقة واحدة ، وزّع الثمن عليهما على اعتبار قيمتهما ، وأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن ، وتعتبر قيمتهما يوم البيع ، ولا خيار المشتري وإن تفرقت صفقته لدخوله فيها عالماً بالحال .

فرع

إذا اشترى شقصاً من دار ،ثم نقضت ، فلها أحوال .

إحداها : أن تتعيب من غير تلف شيء منها ، ولا انفصال بعضها عن بعض، بأن ينشق جدار، أو مالت اسطوانة ، أو انكسر جذع، أو اضطرب سقف ، فالشفيع بالخيار بين الاخذ بكل الثمن ، وبين، الترك، كتعيبها في يد البائع .

الثانية : أن يتلف بعضها ، فينظر إن تلف شيء من العرصة بأن غشيها سيل فغرقها، أخذ الباقي بحصته من الثمن . وإن بقيت العرصة وتلفت السقوف والجدران باحتراق وغيره ، فيبنى على الخلاف [السابق] في كتاب البيع : أن سقف الدار المبيعة وجدارها كأحد العبدين المبيعين ، أم كطرف من أطراف العبد وصفة من صفاته ؟ فان قلنا بالأصح : إنه كأحد العبدين ، أخذ العرصة بحصتها من الثمن . وإن قلنا : كطرف العبد ، أخذها بكل الثمن . وقيل : إن تلف بآفة سماوية ، أخذ بكل الثمن . وإن تلف باتلاف متلف ، أخذ بالحصة ، لأن المشتري يحصل له بدل التالف ، فلا يتضرر .

الثالثة : أن لا يتلف شيء منها ، لكن ينفصل بعضها عن بعض بالانهدام ، فهل يأخذ الشفيع النـِّقْض . فيه قولان ، ويقال : وجهان . أظهرهما : نعم. فعلى هذا يأخذه مع العرصة بكل الثمن ، أو يتركها . وإن قلنا : لا يأخذه ، بني على أن السقف والجدار كأحد العبدين ، أو كطرف العبد . إن قلنا بالأول ، أخذ العرصة وما بقي من البناء بحصتها من الثمن ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : يأخذ بالحصة . والثاني وهو قياس الأصل المبني عليه : يأخذ بتمام الثمن كالحالة الأولى . وعلى هذا يُشبَّه النقضُ بالثمار والزوائد التي يفوز بها المشتري قبل أخذ الشفيع .

فصـــل

إذا اشترى الشقص ، ثم اتفق المتبايعـان على حطٍّ من الثمن ، أو زيادة فيه ، فذلك قد يكون بعد لزوم العقد وقبله ، وفي زمن الخيار ومـكانه . وسبق بيان ذلك كلّه في كتاب البيـع . وحاصله : أنه لا يلحق الحط ولا الزيادة بالعقد بعد لزومه ، لا حط الكل ، ولا حط البعض . وفيما قبل لزومه ، وجهان . أصحها : اللحوق . فان قلنا به ، وحط كل الثمن ، فهو كما لو باع بلا ثمن ، فلا شفعة للشريك، لأنه يصير هبة على رأي ، ويبطل على رأي .

فصـــل

إذا اشترى الشقص بعبد مثلاً ، وتقابضا ، ثم وجد البائع بالعبد عيباً ، وأراد ردّه واسترداد الشقص ، وطلب الشفيـع الشقص ، ففي المقدّم منهما خلاف سبق قريباً . وحـكى الامام طريقاً جازماً بتقديم البائـع . ولو علم عيب العبد بعد أخذ الشفيع الشقص ، لم ينقض ملك الشفيـع ، كما لو باع ثم اطلع على عيب . وفي قول :يسترد المشتري الشقص من الشفيـع ،ويرد عليه ما أخذه ، ويسلّم الشقص إلى البائع ، لأن الشفيـع نازل منزلة المشتري، فردّ البائع يتضمن نقض ملكه، كما يتضمن نقض ملك المشتري لو كان في ملكه ، والمشهور هو الأول فاذا قلنا به ،أخذ البائع قيمة الشقص من المشتري.فان كانت مثل قيمة العبـد ، فذاك ، وإلا ، ففي رجوع من بذل الزيادة على صاحبه وجهان . أصحهما : لا رجوع ،لأن الشفيـع ملكه بالمبذول ، فلا يتغير حكمه ولو عاد الشقص إلى ملك المشتري بابتياع أو غيره ، لم يتمكن البائع من إجبـاره على رد الشقص ، ولا المشتري من إجبار البائع على القبول وردِّ القيمة ، بخـلاف ما إذا

غرم قيمة المغصوب لاباقه ، فرجع ، لأن ملك المغصوب منه لم يزل ، وملك المشتري قد زال . وحكى المتولي فيه وجهين بناءً على أن الزائل العائد ، كالذي لم يزل ، أم كالذي لم يعد ؟ والمذهب : الأول. ولو وجد البائع العيب بالعبد ، وقد حدث عنده عيب ، فأخذ الأرش لامتناع الرد ، نظر ، إن أخذ الشفيع الشقص بقيمة العبد سليماً ، فلا رجوع عليه . وإن أخذه بقيمته معيباً ، ففي رجوع المشتري على الشفيع الوجهان السابقان في التراجع. لكن الأصح هنا : الرجوع ،ومال ابن الصباغ إلى القطع به ، لأن الشقص استقر عليه بالعبد والأرش ، ووجوب الأرش من مقتضى العقد ،لاقتضائه السلامة . ولو رضي البائع ولم يردّه ، ففيما يجب على الشفيع وجهان . أحدهما : قيمة العبد سليماً . والثاني : قيمته معيباً . حتى لو بذل قيمة السليم ، استرد قسط السلامة من المشتري ، وبالأول قطع البغوي ، وغلّط الامامُ قائله .

فرع

للمشتري رد الشقص بالعيب على البائع ، وللشفيع رده على المشتري بالعيوب السابقة على البيع وعلى الأخذ ثم لو وجد المشتري العيب بعد أخذ الشفيع،فلا رد في الحال ، ولا أرش له على المذهب . ويجيء فيه الخلاف السابق فيما إذا باعه . فلو رد عليه الشفيع بالعيب ، رده حينئذٍ على البائع . ولو وجد المشتري عيب الشقص قبل أخذ الشفيع ،ومنعه عيب حادث من الرد ، فأخذ أرش العيب القديم، حط ذلك عن الشفيع . وإن قدر على الرد ، لكن توافقا على الأرش ، ففي صحة هذه المصالحة وجهان سبقا . فان صححناها ،ففي حطه عن الشفيع وجهان . أصحهما : الحط . والثاني : لا ،لأنه تبرع من البائع .

فصل

اشتري بكفٍّ من الدراهم لا يعلم وزنها ، أو صبرة حنطة لا يعلم كيلها ، فيوزن ويكال ليأخذ الشفيع بذلك القدر . فان كان ذلك غائباً ، فتبرع البائع باحضاره،أو أخبر عنه، واعتمد قوله ، فذاك ، وإلا ، فليس للشفيع أن يكلفه الاحضار،ولا الاخبار عنه . وإن هلك الثمن وتعذر الوقوف عليه ، تعذر الأخذ بالشفعة . فان أنكر الشفيع كون الشراء بما لايعلم قدره ، نظر ، إن عين قدراً وقال : اشتريت بكذا ، وقال المشتري : لم يكن قدره معلوماً ، فالأصح المنصوص الذي عليه جمهور الأصحاب: أنه يقنع منه بذلك ، ويحلف عليه . وقال ابن سريج لا يقنع منه ولا يحلف ، بل إن أصر على ذلك ، جعل ناكلاً وردت اليمين على الشفيع .وعلى هذا الخلاف ، لو قال : نسيت ، فهو كالنكول. وإن لم يعين قدراً، لكن ادعى على المشتري أنه يعلمه،وطالبه بالبيان ، فوجهان . أصحها : لا تسمع دعواه حتى يعين قدراً ، فيحلف المشتري حينئذٍ [أنه لايعرف . والثاني : تسمع، ويحلف المشتري] على ما يقوله . فان نكل ، حلف الشفيع على علم المشتري ، وحبس المشتري حتي يبين قدره . فعلى الاول : طريق الشفيع أن يعين قدراً ، فان وافقه المشتري ، فذاك ، وإلا ، حلفه على نفيه ، فان نكل ، استدل الشفيع بنكوله وحلف على ما عينه ، وإن حلف المشتري ، زاد وادعى ثانياً . وهكذا يفعل إلى أن ينكل المشتري ، فيستدل الشفيع بنكوله ويحلف . وهذا لأن اليمين قد تستند إلى التخمين ، ولهذا له أن يحلف على خط أبيه إذا سكنت نفسه إليه.

فصل

إذا ظهر الاستحقاق في ثمن الشقص المشفوع ، فان ظهر في ثمن المبيع ، نظر ، إن كان معيناً ، بان بطلان البيع وبطلت الشفعة ، وعلى الشفيع رد الشقص إن كان قبضه . وإن خرج بعضه مستحقاً ، بطل البيع في ذلك القدر ، وفي الباقي قولا [تفريق] الصفقة . فان فرقناها واختار المشتري الاجازة ، فللشفيع الأخذ . وإن اختار الفسخ وأراد الشفيع أخذه ، ففيه الخلاف فيما إذا أصدقها شقصاً ثم طلقها قبل الدخول. وإن كان الثمن في الذمة ، وخرج المدفوع مستحقاً ، لزمه إبداله ، والبيع والشفعة بحالها ، وللبائع استرداد الشقص ليحبسه إلى أن يقبض الثمن ، وإن ظهر الاستحقاق في ثمن الشفيع ، فان كان جاهلاً ، لم يبطل حقه وعليه الابدال . وإن كان عالماً ، لم يبطل على الاصح ، واختاره كثير من الأصحاب ، وقطع البغوي بالبطلان . ثم قال الشيخ أبو حامد وآخرون : الوجهان فيما إذا كان الثمن معيناً ، بأن قال : تملكت الشقص بهذه الدراهم . أما إذا كان غير معين ، كقوله : تملكته بعشرة دنانير ، ثم نقد المستحقة ، فلا تبطل شفعته قطعاً ، وقيل : الوجهان في الحالين .

قلت : الصحيح : الفرق بيّن في الحالتين [1]. والله أعلم

ثم في حالة الجهل والعلم ، إذا قلنا : لا يبطل حقه ، هل نتبين أنه لم يملك بأداء المستحق ، ويفتقر إلى تملك جديد ؟ أم نقول : قد ملكه والثمن دين عليه ؟ فيه وجهان . قال الغزالي : أصحهما : الثاني ، وهو خلاف المفهوم من كلام الجمهور ، لا سيما في حالة العلم . وخروج الدنانير نحاساً ، كخروجها مستحقة . ولو خرج ثمن

---

(١) في نسخ الظاهرية : الصحيح : الفرق بين الحالين .

المبيع رديئاً ، فللبائع الخيار بين الرضى به والاستبدال . فان رضي ، لم يلزم المشتري الرضى بمثله ، بل يأخذ من الشفيع ما اقتضاه العقد ، ذكره البغوي .

قلت : وفي هذا احتمال ظاهر . والله أعلم

ولو خرج ما دفعه الشفيع رديئاً ، لم تبطل شفعته عالماً كان أو جاهلاً . وقيل: هو كخروجه مستحقاً ، والمذهب : الأول .

فصل

إذا بنى المشتري ، أو غرس ، أو زرع ، في المشفوع ، ثم علم الشفيع ، فله الأخذ وقلع بنائه وغراسه وزرعه مجاناً ، لا بحق الشفعة ، بل لأنه شريك . وأحد الشريكين إذا انفرد بهذه التصرفات في الأرض المشتركة ، كان للآخر أن يقلع مجاناً . وإن بنى أو غرس المشتري في نصيبه بعد القسمة والتمييز ، ثم علم الشفيع ، لم يكن له قلعه مجاناً ، كذا نص عليه الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم . وفي المسألة إشكالان. أحدهما : قال المزني : المقاسمة تتضمن الرضى من الشفيع ، وإذا رضي بتملك المشتري بطلت شفعته ، فكيف يتصور ثبوت الشفعة بعد القسمة ؟ الثاني : أن القسمة تقطع الشركة ، فيصيران جارين ، ولا شفعة للجار . وأجاب الأصحاب عن الاول ، فصوروا صحة القسمة مع بقاء الشفعة في صور .

منها : أن يقال للشفيع : جرى الشراء بألف ، فيعفو ويقاسم ، أو أن الشقص ملكه بالهبة فيقاسم ، ثم بأن الشراء كان بدون ألف ، وأن الملك حصل بالبيع ، فتصح القسمة وتثبت الشفعة .

ومنها : أن يقاسم الشفيع المشتري على ظن أنه وكيل للبائع باخباره ، أو بسبب آخر .

ومنها : أن يكون للشفيع وكيل بالقسمة مع شركائه ومع المشترين منهم ،فيقاسم الوكيل المشتري بغير علم الشفيع .

ومنها : أن يكون له وكيل في القسمة وفي أخذ الأشقاص بالشفعة ، فرأى في شقص الحظّ في تركه ، فيتركه ، ويقاسم ، ثم يقدّم الشفيع ، ويظهر له أن له الحظ في الأخذ ، وكذلك ولي اليتيم .

ومنها : أن يكون الشفيع غائباً ، فيطالب المشتري الحاكم بالقسمة ، فيجيبه وإن علم بثبوت الشفعة ، كذا قاله الأصحاب ، وتوقف الامام في إجابته إذا علم ثبوت الشفعة . وأما الثاني : فأجابوا عنه بأن الجواز إنما لا يكفي في الابتداء .

فاذا تقرر ما ذكرناه ، فان اختار المشتري قلع البناء والغراس ، فله ذلك ، ولا يكلف تسوية الأرض ، لأنه كان متصرفاً في ملكه . فان حدث في الأرض نقص ، فيأخذه الشفيع على صفته ،أو يترك . وإن لم يختر المشتري القلع ، فللشفيع الخيار بين إبقاء ملكه في الأرض بأجرة ، وبين تملّكه بقيمته يوم الأخذ ، وبين أن ينقضه ويغرم أرش النقص على الصفة المذكورة في المعير إذا رجع وقد بنى المستعير أو غرس بلا فرق . وإن كان قد زرع ، بقّي زرعه إلى أن يدرك فيحصد .

وقياس الباب:أن يجيء الخلاف المذكور هناك في زرع الأرض المستعارة . والمذهب في الموضعين ،تبقية الزرع . ثم قال صاحب « التقريب » :في مطالبة الشفيع للمشتري بالاجرة، الخلاف في المعير . وقال الجمهور : لا مطالبة هنا قطعاً ، وهو المذهب ، لأنه زرع ملك نفسه ، بخلاف المستعير ، فأشبه من باع أرضاً مزروعة ، لا مطالبة للمشتري بأجرة مدة بقاء الزرع على المذهب ، وقد سبق بيانه في كتاب البيع .

فرع

إذا زرع المشتري ، فللشفيع تأخير الشفعة إلى الادراك والحصاد . على الاصح.
ويحتمل أن لا يجوز التأخير وإن تأخرت المنفعة ، كما لو بيعت الأرض في غير وقت الانتفاع ، لا يؤخَّر الأخذ إلى وقته . ولو كان في الشقص شجر عليه ثمر لا يستحق بالشفعة ، ففي جواز تأخيره إلى القطاف وجهان، لان الثمر لا يمنع الانتفاع بالمأخوذ.

فصل

تصرفات المشتري في الشقص من البيع والوقف وغيرهما صحيحة ، لانها في ملكه . وقيل : باطلة ، وهو شاذ . فعلى الصحيح : ينظر إن كان التصرف مما لاتثبت فيه الشفعة كالوقف ، والهبة ، والاجارة ، فللشفيع نقضه وأخذ الشقص بالشفعة . وإن كان مما تثبت فيه الشفعة كالبيع والاصداق ، فهو كالخيار بين أن ينقضه ويأخذ الشقص بالعقد الاول ، وبين أن لاينقض ويأخذ بالعقد الثاني . هذا هو المذهب . وفي وجه : لا ينقض تصرفه . وفي وجه : لا ينقض ما تثبت فيه الشفعة ، لكن يتجدد حق الشفعة بذلك. وقيل : لا يتجدد أيضاً ، لانه تصرف يبطل الشفعة ، فلا يثبتها . وفي وجه : لا ينقض الوقف،وينقض ما سواه .

فصل
في الاختلاف

وفيه مسائل .

الأولى :قال المشتري : عفوتَ عن شفعتك،أو قصرتَ ،فسقطت،فالقول قول الشفيع .

الثانية : قال : اشتريت بألف ، فقال الشفيع : بل بخمسمائة ، صدّق المشتري، لأنه أعلم بعقده . وكذا لو كان الثمن عرضاً ، وتلف ، واختلفا في قيمته ، فان نكل المشتري ، حلف الشفيع وأخذ بما حلف عليه . فان كان لأحدهما بيّنة ،قضي بها . ولا تقبل شهادة البائع للمشتري على الصحيح ، لأنه يشهد بحق نفسه .وقيل : تقبل ، لأنه لا يجر لنفسه نفعاً ، والثمن ثابت له باقرار المشتري . ولو شهد للشفيع ، فهل يقبل قوله ؟ فيه أوجه . أحدها : لا ، وبه قطع العراقيون ، لأنه يشهد على فعله . والثاني : نعم ، وصححه البغوي ، لأنه ينقص حقه . والثالث : إن شهد قبل قبضه الثمن ، قبلت ، لأنه ينقص حقه ، إذ لا يأخذ أكثر مما شهد به ، وإن شهد بعده ، فلا ، لأنه يجر إلى نفسه نفعاً ، فانه إذا قلّ الثمن ، قلّ ما يغرمه عند ظهور الاستحقاق . وإن أقام كل واحد منهما بينة ، فوجهان ، أحدهما : تقدم بينة المشتري ، كما أن بينة الداخل أولى من بينة الخارج . وأصحهما : أنهما تتعارضان، لأن النزاع هنا فيما وقع العقد به ، ولا دلالة لليد عليه . فعلى هذا إن قلنا: تسقطان ، فهو كما لو لم يكن بينة . وإن قلنا : تستعملان ، فالاستعمال هنا بالقرعة أو الوقف .

الثالثة : اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن ، فان ثبت قول المشتري ، فذاك ، وإن ثبت قول البائع بالبينة أو اليمين المردودة ، لزم المشتري [ما ادعاه البائع وأخذ الشفيع بما ادعاه المشتري] . وتقبل شهادة الشفيع للبائع ، ولا تقبل للمشتري ، لأنه متهم في تقليل الثمن . وإن لم تكن بينة ، وتحالفا ، وفسخ عقدهما ، أو انفسخ ، فان جرى ذلك بعدما أخذ الشفيع الشقص ، أقر في يده ، وعلى المشتري قيمة الشقص للبائع . وإن جرى قبل الأخذ ، ففي سقوط حقه الخلاف السابق في

خروجه معيباً . فان قلنا : لا يسقط ، أخذه بما حلف عليه البائع ، لأن البائع اعترف باستحقاق الشفيع الأخذ بذلك الثمن ، فيأخذه منه وتكون عهدته على البائع.

الرابعة : أنكر المشتري كون الطالب شريكاً ، فالقول قول المشتري بيمينه، فيحلف على نفي العلم بشركته ، لا على نفي شركته ، فان نكل ، حلف الطالب على البتّ وأخذ بالشفعة ، وكذا الحكم لو أنكر تقدُّم ملك الطالب على ملكه .

الخامسة : إذا كانا شريكين في عقار ، فغاب أحدهما ،ورأينا نصيبه في يد ثالث، فادعى الحاضر عليه أنه اشتراه ، وأنه يستحقه بالشفعة ، فان كان المدعي بينة ، قضي بها وأخذه بالشفعة . ثم إن اعترف المدعى عليه ، سلّم الثمن إليه ، وإلا ، فهل يترك الثمن في يد المدعي إلى أن يقر المدعى عليه ، أم يأخذه القاضي ويحفظه، أم يجبر على قبوله أو الابراء منه ؟ فيه ثلاثة أوجه مذكورة في باب الاقرار وغيره. ولو أقام المدعي بينة ، وجاء المدعى عليه ببينة أنه ورثه أو اتهبه ، تعارضتا . وإن جاء ببينة أن الغائب أودعه إياه ، أو أعاره ، فان لم يكن للبينتين تاريخ ،أو سبق تاريخ الايداع ، فلا منافاة فيقضى بالشفعة ، لأنه ربما أودعه ثم باعه ، وإن سبق تاريخ البيع ، فلا منافاة أيضاً ، لاحتمال أن البائع غصبه بعد البيع ثم رده إليه بلفظ الايداع ، فاعتمده الشهود . فان انقطع الاحتمال بأن كان تاريخ الايداع متأخراً ، وقال الشهود : أودعه وهي ملكه ، فهاهنا يراجع الشريك القديم . فان قال : وديعة ، سقط حكم الشراء . وإن قال : لا حق لي فيه ، قضي بالشفعة .

أما إذا لم يكن للمدعي بينة ، فللمدعى عليه في الجواب أحوال .

أحدها : أن يقر بأنه كان لذلك الغائب فاشتراه منه ، فهل للمدعي أخذه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، إذ لا يقبل قوله على الغائب، فيوقف الأمر حتى يكاتب ، هل هو مقرٌ بالبيع ؟ وأصحهما : نعم ، لتصادقهما على البيع ، ويكتب القاضي في

السجل أنه أثبت الشفعة بتصادقها ، فاذا قدم الغائب ، فهو على حقه. الثاني : أن ينكر أصل الشراء ، فيصدق بيمينه . ثم إن اقتصر في الجواب على أنه لا يستحق أخذه بالشفعة ، أو أنه لايلزمه التسليم إليه ، حلف كذلك ، ولم يلزمه التعرض لنفي الشراء . وإن قال في الجواب:لم اشتره،بل ورثته ، أو اتهبته ،فيحلف لذلك، أم يكفي الحلف على أنه لا يستحق الشفعة ؟وجهان سبقا في دعوى عيب المبيع. وإن نكل المدعى عليه ، حلف الطالب واستحق الشقص . وفي الثمن الأوجه السابقة.هذا إذا أنكر الشراء والشريك القديم غير معترف بالبيع، فان كان معترفاً والشقص في يده ، نظر ، إن لم يعترف بقبض الثمن ، ثبتت الشفعة على الاصح. وإلى من يسلم الثمن ؟ وجهان . أصحهما: إلى البائع ، وعهدته عليه،لانه يتلقى الملك منه . والثاني : ينصب القاضي أميناً يقبض الثمن منه المشتري ويدفعه إلى البائع ، ويقبض الشقص من يد البائع للمشتري ويدفعه إلى الشفيع . وإذا أخذ البائع ثمن الشقص ، فهل له مخاصمة المشتري ومطالبته بالثمن؟وجهان،لأنه قد يكون ماله أبعد عن الشبهة،والرجوع عليه بالدرك أسهل .فان قلنا : نعم ، وحلف المشتري،فلا شيء عليه.وإن نكل،حلف البائع ، وأخذ الثمن من المشتري ، وكانت عهدته عليه . وأما ما أخذه من الشفيع ، فهل يؤخذ منه ويوقف ، أم يترك في يده ؟ وجهان . كذا قال البغوي ، وفي « التتمة » أن الوجهين في أنه هل يطالب المشتري فيما إذا لم يرض أخذ الثمن من الشفيع ؟ فان رضي ، فليقنع به ، وهذا أصح . فإن اعترف مع البيع بقبض الثمن ، فإن قلنا: لا شفعة إذا لم يعترف بالقبض ، فهنا أولى ، وإلا ، فوجهان . والأصح : ثبوتها. ثم هل يترك الثمن في يد الشفيع ، أم يأخذه القاضي ويحفظه ، أم يجبر المشتري على قبوله والإبراء منه ؟ فيه الأوجه السابقة .

الحال الثالث : أن يقول : اشتريته لفلان ولا خصومة لك معي ، [illegible]

المضاف إليه ، أحاضر ، أم غائب ، أم صبي ؟ وحكمه ما يأتي في سائر الدعاوى إن شاء الله تعالى .

الطرف الثالث : في تزاحم الشفعاء ، وهو ثلاثة أضرب .

أحدها : أن يتفق الشركاء على الطلب . وتقدم عليه أن تعدد المستحقين قد يكون ابتداءً ، بأن كانت الدار [بين] جماعة ، فباع أحدهم نصيبه ، وثبتت الشفعة للباقين ، وقد يكون دواماً ، بأن يموت المستحق ويترك ورثة ، فلهم الشفعة . فإن تساوت حصص المستحقين ، تساووا في الشقص . وإن تفاوتت كنصف وثلث وسدس ، فباع صاحب النصف ، فقولان ، أظهرهما : [أن] الشفعة على قدر الحصص ، فيقسم النصف بينهما أثلاثاً . والثاني : على عدد الرؤوس ، فيقسم نصفين .

فرع

مات مالك الدار عن ابنين [ثم مات أحدهما عن ابنين] ثم باع أحد الابنين نصيبه ، فهل يشترك الأخ والعم في الشفعة ، أم يختص بها الأخ ؟ قولان . أظهرهما : الأول . فعلى هذا ، هل يوزع بينهما بالسوية ، أم بالحصص ؟ فيه القولان . وقال الامام: مقتضى المذهب : القطع بالحصص . وإذا قلنا : يختص الأخ فعفا ، ففي ثبوتها للعم وجهان . أحدهما : لا ، لأنه لو كان مستحقاً ، لما تقدم عليه غيره . والثاني : نعم، لأنه شريك ، وإنما تقدم الأخ لزيادة قربه ، كما أن المرتهن يقدم في المرهون على الغرماء. فلو سقط حقه ، تمسك به الباقون .

قلت : ينبغي أن يكون هذا الثاني أصح . والله أعلم

ويجري القولان في مسألة الأخ والعم في كل صورة ، ملك شريكان بسبب واحد،

وغيرهما من الشركاء بسبب آخر ، فبـاع أحد المالكين بالسبب الواحد ، ففي قول: الشفعة لصاحبه خاصة ، وعلى الأظهر : للجميـع .مثاله : بينهما دار ، فباع أحدهما نصيبه لرجلين ، أو وهبه ، ثم باع أحدهما نصيبه .

ولو مات مَنْ له دار عن بنتين وأختين ، فباعت إحدى البنتين نصيبها ، فطريقان .

أحدهما : على القولين . ففي قول : تختص بالشفعة البنت الأخرى ، وعلى الأظهر : يشتركن كلهن .

والطريق الثاني وهو المذهب : القطع بالاشتراك .

فرع

مات الشفيـع عن ابن وزوجة ورثا حق الشفعة ، ففي كيفية إرثها طرق . أصحها: يأخذان على قدر الميراث قطعاً . والثاني : القطع بالتسوية بينهما . والثالث : على القولين.

فرع

دار بين اثنين نصفين ، باع أحدهما نصف نصيبه لزيد ، ثم باع النصف الآخر لعمرو ، فالشفعة في النصف الأول تختص بالشريك الأول . ثم قد يعفو عنه ، وقد يأخذه . وفي النصف الثاني أوجه . أحدها : يختص به الأول . والثاني : يشترك فيه الأول والمشتري الاول . وأصحها : إن عفا الشريك الاول عن النصف الاول ، اشتركا ، وإلا ، فيختص به الشريك الاول .

الضرب الثاني : أن يطلب بعض الشركاء ويعفو بعضهم . ونقدم عليه ما إذا كانت الشفعة لواحد فعفا عن بعضها ، وفيه أوجه . أصحها : يسقط جميعها كالقصاص. والثاني : لا يسقط شيء كعفوه عن بعض حد القذف . والثالث : يسقط ما عفا عنه

ويبقى الباقي ، قال الصيدلاني: وموضع هذا الوجه ، ما إذا رضي المشتري بتبعيض الصفقة ، فان أبى وقال : خذ الكل أو دَعْه ، فله ذلك . قال الامام : وهذه الاوجه ، إذا لم نحكم بأن الشفعة على الفور . فان حكمنا به ، فطريقان . منهم من قطع بأن العفو عن البعض تأخير لطلب الباقي ، ومنهم من احتمل ذلك إذا بادر إلى طلب الباقي ،وطرد الاوجه . ويؤيد الاول أن صاحب « الشامل » قال: استحق شقصاً ،فجاء وقال: آخذ نصفه،سقطت شفعته في الكل، لانه ترك طلب النصف .إذا تقرر هذا ،فاستحق اثنان شفعة،فعفا أحدهما عن حقه، فأوجه. أصحها: يسقط حق العافي،ويثبت الجميع الآخر . فان شاء أخذ الجميع ، وإن شاء تركه، وليس له الاقتصار على قدر حصته،لئلا تتبعض الصفقة على المشتري. والثاني:يسقط حقهما جميعاً ، قاله ابن سريج ،كالقصاص . والثالث : لا يسقط حق واحد منهما، تغليباً للثبوت كما سبق في الصورة الاولى . والرابع : يسقط حق العافي ، وليس لصاحبه أن يأخذ إلا قسطه ، وليس للمشتري أن يلزمه أخذ الجميع . هذا إذا ثبتت الشفعة لعدد ابتداءً . فلو ثبتت لواحد فمات عن ابنين ، فعفا أحدهما ، فهل هو كما لو ثبتت لواحد فعفا عن بعضها ،أم كثبوتها لابنين عفا أحدهما؟ وجهان . أصحها : الثاني . ولو كان للشقص شفيعان ، فمات كلٌّ عن ابنين ، فعفا أحدهما عن حقه ، فحاصل المنقول تفريعاً على ماتقدم أوجه . أحدها : يسقط الكل . والثاني : يبقى الكل للأربعة . والثالث:يسقط حق العافي وأخيه، ويأخذ الآخران. والرابع : ينتقل حق العافي إلى الثلاثة، فيأخذون الشقص أثلاثاً. والخامس: يستقر حق العافي للمشتري ، ويأخذ ثلاثة أرباع الشقص . والسادس : ينتقل حق العافي إلى أخيه فقط .

قلت : أصحها : الرابع . والله أعلم

فرع

مات الشفيع عن ابنين ، فادعى المشتري عفوهما ، فالقول قولهما مع يمينهما على البتّ . فلو ادعى عفو أبيهما ، حلفا على نفي العلم . فان حلفا ، أخذا. وإن نكلا، حلف المشتري ،وبطل حقهما . وإن حلف أحدهما فقط، فان قلنا بالأصح : إنه إذا عفا أحدهما أخذ الآخر الجميع ، فلا يحلف المشتري، إذ لا فائدة فيه ،وبه قال ابن الحداد . وإن قلنا : حق العافي يستقر للمشتري ، حلف المشتري ليستقر له نصيب الناكل.ثم الوارث الحالف ، لا يستحق الجميع بنكول أخيه ، ولكن إن صدّق أخاه على أنه لم يعف ، فالشفعة بينهما . وإن ادعى عليه العفو ،وأنكر الناكل ، عرضت عليه اليمين لدعوى أخيه، ولا يمنعه من الحلف نكوله في جواب المشتري . فان حلف ، فالشفعة بينهما . وإن نكل أيضاً ،حلف المدعي أنه عفا، وحينئذٍ يأخذ الجميع .

الضرب الثالث : أن يحضر بعض الشركاء دون بعض . فاذا كانت الدار لأربعة بالسوية ، فباع أحدهم نصيبه ،وثبتت الشفعة للباقين ،فلم يحضر إلا واحد ، فليس له أخذ حصته فقط ، ولا يكلف الصبر إلى حضورهما ، بل إن شاء أخذ الجميع أو تركه . وهل له تأخير الأخذ إلى حضورهما ؟إذا قلنا: الشفعة على الفور، وجهان . أصحهما : نعم، للعذر، وإذا أخذ الجميع، ثم حضر أحد الغائبين ، أخذ منه النصف بنصف الثمن ، كما لو لم يكن إلا شفيعان . فاذا حضر الثالث ، فله أن يأخذ من كل واحد ثلث ما في يده ، ثم يترتب على ما ذكرنا فروع .

أحدها : خرج الشقص مستحقاً بعد الترتيب المذكور ، ففي العهدة وجهان . أحدهما : عهدة الثلاثة على المشتري لاستحقاقهم الشفعة عليه . والثاني : أن رجوع الأول على المشتري ، فيسترد منه كل الثمن ، ورجوع الثاني على الأول ، فيسترد

منه النصف ، ورجوع الثالث على الاول والثاني،يسترد من كلٍّ مادفع إليه ، وهذا أصح ، ورجح العراقيون ، الاول. وقال المتولي : هذا الخلاف في الرجوع بالمغروم من أجرة ،ونقص قيمة الشقص . فأما الثمن ، فكل فيسترد ما سلّمه ممن سلّمه إليه بلا خلاف .

الثاني : أخذ الحاضر جميع الشقص،فوجده معيباً فرده ، فحضر الثاني وهو في يد المشتري ، فله أخذ الجميع .

الثالث : ما يستوفيه الاول من المنافع، ويحصل له من الاجرة والثمرة ، يسلّم له ، فلا يزاحمه فيه الثاني والثالث على الأصح ، وكذا الثالث لا يزاحم الثاني فيما يحصل له بعد المناصفة ، كما أن الشفيع لا يزاحم المشتري فيها .

الرابع : أخذ الاول كل الشقص وأفرزه ، بأن أتى الحاكم فنصب قيّماً في مال الغائبين ، فاقتسما ،وبنى فيه ، أو غرس ثم رجع الغائبان ، هل لهما القلع ؟ وجهان . أصحها : لا، كما أن الشفيع لا يقلع بناء المشتري وغراسه مجاناً.والثاني: نعم، لانهما يستحقان كاستحقاق الاول ، فليس له التصرف حتى يظهر حالهما ،بخلاف الشفيع مع المشتري .

الخامس : إذا حضر اثنان فأخذا الشقص، واقتسما مع القيّم في مال الغائب ،ثم قدم [الغائب] ، فله الأخذ وإبطال القسمة ، فان عفا ، استمرت القسمة .

السادس : أخذ اثنان ،فحضر الثالث ، وأراد أخذ ثلث ما في يد أحدهما ولا يأخذ من الثاني [شيئاً] ، فله ذلك ، كما للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين دون الآخر .

السابع : أخذ الأول الجميع ، فحضر الثاني وأراد أخذ الثلث فقط ، فله ذلك على الأصح ،لأنه لا يفرق الحق على الأول. فان أخذ الثلث على هذا الوجه، أو بالتراضي ،ثم حضر الثالث ،نظر،إن أخذ من الاول نصف مافي يده ،ولم يتعرض

للثاني ،فلا كلام،وإن أراد أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده ،فله ذلك،لأن حقه ثابت في كل جزء ، ثم له أن يقول للأول:ضم ما معك إلى [ما] أخذته لنقسمه نصفين لأنا متساويان .وإنما تصح قسمة الشقص في هذه الحالة من ثمانية عشر ، لأنا نحتاج إلى عدد لثلثه ثلث وهو تسعة، مع الثاني منها ثلاثة ، ومع الأول ستة ، فينتزع الثالث من الثاني واحداً يضمه إلى الستة [التي]مع الأول ، فلا ينقسم بينهما، فتضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر ، للثاني منها اثنان في اثنين بأربعة ، تبقى أربعة عشر للأول والثالث نصفين ، وهذا المنقسم من ثمانية عشر ،ربع الدار، فتقسم جملتها من اثنين وسبعين . هذا ما ذكره الأكثرون ونقلوه عن ابن سريج. وقال القاضي حسين : لما ترك الثاني سدساً الأول ، صار عافياً عن بعض حقه ، فيبطل جميع حقه على الأصح كما سبق ،فينبغي أن يسقط حق الثاني كله، ويكون الشقص بين الأول والثالث .

قلت :الأصح قول الأكثرين،ولا يُسلَّم أنه أسقط بعض حقه . والله أعلم

الثامن : قال ابن الصباغ : لو حضر اثنان وأخذا الشقص ، ثم حضر الثالث وأحدهما غائب ، فان قضى له القاضي على الغائب ، أخذ من كلٍّ ثلث ما في يده ، وإلا،فهل يأخذ ثلث ما في يد الحاضر،أم نصفه؟ وجهان.ثم إن حضر الغائب وغاب الحاضر ، فان كان الثالث أخذ من الحاضر ثلث ما معه،أخذ من القادم ثلث ما في يده أيضاً . وإن كان أخذ نصفه ، أخذ من القادم سدس ما في يده ويتم بذلك نصيبه ، وينقسم هذا الشقص من اثني عشر ، وجملة الدار من ثمانية وأربعين .

التاسع : ثبتت الشفعة لحاضر وغائب ، فعفا الحاضر ،ثم مات الغائب ، فورثه الحاضر ، فله أخذ الشقص كله بالشفعة تفريعاً على الأصح : أنه إذا عفا أحد الشريكين ، أخذ الآخر الجميع . وإن قلنا : عفو أحدهما يسقط حق الآخر ،

لم يأخذ شيئاً . وإن قلنا : يستقر نصيب العافي للمشتري ، لم يأخذ الحاضر بحق الارث إلا النصف .

فصل

ليس للشفيع تفريق الصفقة على المشتري . ولو اشترى اثنان شقصاً من رجل، فالشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما فقط ، إذ لاتفريق عليه . ولو باع اثنان من ملاّك الدار شقصاً لواحد ، جاز أن يأخذ حصة أحد البائعين على الأصح . ولو باع اثنان نصيبهما لاثنين بعقد واحد ، فهو كأربعة عقود ،تفريعاً على الأظهر أن تعدد البائع كتعدد المشتري ، فالشفيع الخيار ، فان شاء أخذ الجميع أو ثلاثة أرباعه وهو نصيب أحد المشتريين ونصف نصيب الآخر ، أو يأخذ نصف الجملة بأخذ نصيب أحدهما ، أو نصف نصيب كل واحد ، أو يأخذ ربع الجملة وهو نصف نصيب أحدهما. ولو وكّلا وكيلاً في بيع شقص أو شرائه ، أو وكل وكيلين في بيع شقص أو شرائه ،فالاعتبار بالعاقد ، أم بمن له العقد ؟ فيه خلاف سبق في تفريق الصفقة . فلو كانت الدار لثلاثة،فوكل أحدهم ببيع نصيبه،وجوز له أن يبيعه مع نصيب نفسه إن شاء صفقةواحدة، فباع كذلك ، فليس للثالث إذا قلنا : الاعتبار بالعاقد ، إلا أخذ الجميع ، أو ترك الجميع. وإن قلنا : الاعتبار بالمعقود له ، فله أن يأخذ حصة أحدهما فقط . ولو كانت الدار لرجلين ، فوكل أحدهما الآخر ببيع نصف نصيبه ، وجوز له أن يبيعه مع نصيب نفسه إن شاء صفقة واحدة ، فباع كذلك ، وأراد الموكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة بحق النصف الباقي له ، فله ذلك ، لأن الصفقة اشتملت على مالا شفعة للموكل فيه وهو ملكه ، وعلى ما فيه شفعة وهو ملك الوكيل ، فأشبه من باع شقصاً وثوباً بمائة . وفي وجه ضعيف : أنها كالصورة السابقة . ولو باع شقصين

من دارين صفقة واحدة ، فان كان الشفيع في أحدهما غير الشفيع في الأخرى ، فلكل أن يأخذ ما هو شريك فيه ، وافقه الآخر في الأخذ ، أم لا . وإن كان شفيعهما واحداً ، جاز أيضاً على الاصح .

الباب الثالث

فيما يسقط به حق الشفيع

الأظهر المنصوص في الكتب الجديدة : أن الشفعة على الفور . والثاني : تمتد ثلاثة أيام . والثالث : تمتد مدة تتسع لتأمل المصلحة في الاخذ . والرابع : تمتد إلى التصريح باسقاطها . والخامس : إلى التصريح أو مايدل عليه ، كقوله : بع لمن شئت ، أو هبه ، وكذا قوله : بعنيه ، أو هبه لي ، أو قاسمني . وقيل : لا تبطل بهذا ، وللمشتري إذا لم يأخذ الشفيع ولم يعفو أن يرفعه إلى الحاكم ليلزمه الاخذ أو العفو . وفي قول : ليس له ذلك، تنزيلاً للشفيع منزلة مستحق القصاص ، والتفريع على قول الفور . [وإنما نحكم بالفور] بعد علم الشفيع بالبيع [1]. فلو لم يعلم حتى مضى سنون ، فهو على شفعته ، ثم إذا علم ، لا يكلف المبادرة ، على خلاف العادة بالعَدْوِ ونحوه ، بل يرجع فيه إلى العرف ، فما عُدَّ تقصيراً وتوانياً في الطلب ، يُسقِط الشفعة ، ومالا يُعدُّ تقصيراً لعذر ، لا يسقطها . والعذر ضربان .

أحدهما : مالاينتظر زواله عن قرب كالمرض ، فينبغي المريض أن يوكل إن قدر . فان لم يفعل ، بطلت شفعته على الأصح ، لتقصيره . والثاني :لا .والثالث إن لم يلحقه في التوكيل منّة ولا مؤنة ثقيلة ، بطلت ، وإلا ، فلا . فان لم يمكنه ، فليشهد على الطلب . فان لم يشهد ، بطلت على الأظهر أو الأصح . والخوف من العدو ،كالمرض،

---

(١) في نسخة الظاهرية : بعد علم المشتري بالبيع .

وكذا الحبس إذا كان ظلماً أو بدَيْن هو معسر به عاجز عن بينة الاعسار . وإن حبس بحق ، بأن كان مليئاً ، فغير معذور ، ومثله الغيبة . فاذا كان الشفيع في بلد آخر ، فعليه أن يخرج طالباً عند بلوغ الخبر ، أو يبعث وكيلاً ، إلا أن يكون الطريق مخوفاً ، فيجوز التأخير إلى أن يجد رفقة معتمدين يصحبهم هو أو وكيله ويزولَ االحَرُّ والبرد المفرطان . وإذا أخَّر لذلك ، أو لم يمكنه السير بنفسه ، ولا [وجد] وكيلاً ، فليُشهد على الطلب . فان لم يُشهد ، ففي بطلان حقه الخلاف السابق ، وأجري ذلك في وجوب الاشهاد إذا سار طالباً في الحال . والأظهر هنا: أنه لايجب ، ولا تبطل شفعته بتركه ، كما لو أرسل وكيلاً ولم يشهد ، فانه يكفي . وليطرد فيما إذا كان حاضراً في البلد فخرج إليه أو إلى مجلس الحكم كما سبق في الرد بالعيب .

الضرب الثاني : ما ينتظر زواله عن قرب ، بأن كان مشغولاً بصلاة، أو طعام، أو قضاء حاجة ، أو في حمام ، فله الاتمام ، ولا يكلف قطعها ، على خلاف العادة على الصحيح . وقيل : يكلف قطعها حتى الصلاة إذا كانت نافلة . وعلى الصحيح: لو دخل وقت الأكل أو الصلاة أو قضاء الحاجة ، جاز له أن يقدّمها ، فاذا فرغ طلب الشفعة ، ولا يلزمه تخفيف الصلاة والاقتصار على ما يجزىء .

فرع

لو رفع الشفيع الأمر إلى القاضي ، وترك مطالبة المشتري مع حضوره ، جاز، وقد ذكرناه في الرد بالعيب . ولو أشهد على الطلب ، ولم يراجع المشتري ولا القاضي، لم يكف . وإن كان المشتري غائباً ، فالقياس : أن يرفع الأمر إلى القاضي ويأخذ كما ذكرنا هناك . وإذا ألزمناه الاشهاد فلم يقدر عليه ، فهل يؤمر أن يقول :

تملكتُ الشقص ؟ وجهان سبق نظيرهما هناك . ولو تلاقيا في غير بلد الشقص ، فأخَّر الشفيع الأخذ إلى العود إليه ، بطل حقه ، لاستغنـاء الآخذ عن الحضور عند الشقص .

فصـــل

إذا أخر الطلب ثم قال : أخرت لأني لم أصدِّق المُخبر ، فان أخبره عدلان، أو عدل وامرأتان ، بطل حقه ، وإن أخبره من لايقبـل خبره ، ككافر ، وفاسق، وصبي ، لم يبطل . وإن أخبره ثقة ، حر أو عبد ، بطل حقه على الاصح . والمرأة كالعبد على المذهب . وقيل : كالفاسق . وعلى هذا ، في النسوة وجهان بناءً على أن المدعي هل يقضى له بيمينه مع امرأتين ؟ إن قلنـا : لا ، فهو كالمرأة ، وإلا ، فكالعدل الواحد ، هذا كلّه إذا لم يبلغ عدد المخبرين حدّاً لا يمكن التواطؤ على الكذب . فان بلغه ، بطل حقه [و] إن كانوا فساقاً .

فرع

لو كذبه المخبر فزاد في قدر الثمن ، بأن قال : باع الشريك الشقص بألف ،فعفا أو توانى ، ثم بان بخمسمائة ، لم يبطل حقه . ولو كذب بالنقص ، فقال : باع بألف فعفا ، فبان بألفين ، بطل حقه . ولو كذب في تعيين المشتري، فقال : باع زيداً، فعفا ، فبان عمراً ، أو قال المشتري : اشتريت لنفسي ،فبان وكيلاً ، أو كذب في جنس الثمن ، فقال : باع بدراهم ، فبان دنانير ، وفي نوعه ، فقال : باع بنيسابورية ، فبان بـ « هروية » ، أو في قدر المبيـع ، فقال : باع كلّ نصيبه ، فبان بعضه ،أو بالعكس،

أو باع حالاً ، فبان مؤجلاً ، أو إلى شهر ،فبان إلى شهرين ، أو باع رجلين ،فبانه رجلاً ، أو عكسه ، لم يبطل حقه ،لاختلاف الغرض بذلك . وشذ الامام عن الاصحاب فقال : إذا أخبر بالدراهم أو الدنانير ، فعفا ،فبان عكسه ولم يتفاوت القدر عند التقويم، بطل حقه . ولو قيل : باع بكذا مؤجلاً فعفا ، فباع حالاً ، أو باع كله بألف، [فبان بعضه بألف] ، بطل حقه قطعاً .

فرع

لقي المشتري فقال : السلام عليكم ، أو سلام عليك ، أو سلام عليكم ،لم تبطل شفعته ، لأنه سُنَّة . قال الامام : ومن غلا في اشتراط قطع ما هو مشغول به من الطعام وقضاء الحاجة ، لا يبعد أن يشترط فيه ترك الابتداء بالسلام . ولو قال عند لقائه : بكم اشتريت ؟ فوجهان ، قطع العراقيون بالبطلان ، وقالوا : حقه أن يظهر الطلب ثم يبحث . والأصح : المنع ، لافتقاره إلى تحقيق ما يأخذه به . ولو قال : بارك الله لك في صفقتك ، لم تبطل على الأصح ،وبه قطع الجمهور . ولو قال : اشتريتَ رخيصاً وما أشبهه ، بطلت شفعته ،لأنه فضول .

فرع

أخر الطلب ثم اعتذر بمرض أو حبس أو غَيبة ، وأنكر المشتري ، فالقول قول الشفيع إن علم به العارضَ الذي ادّعاه ، وإلا ، فالمصدَّق المشتري . ولو قال: لم أعلم ثبوت حق الشفعة ، أو كونها على الفور ، فهو كما سبق في الرد بالعيب .

فصل

إذا باع الشفيع نصيبه ، أو وهبه عالماً بثبوت شفعته ، بطلت ، سواء قلنا : شفعة على الفور أو التراخي ، لزوال ضرر المشاركة . ولو باع بعضه ، بطلت على الأظهر . وإن باع نصيبه جاهلاً بالشفعة ، بطلت على الأصح ، لزوال الضرر . ولو باع بعضه جاهلاً ، أطلق البغوي : أنها لاتبطل . والوجه : أن يكون على القولين إن قلنا : إن بيع الجميع جاهلاً يبطلها .

قلت : الأصح هنا على الجملة : أنها لاتبطل لعذره مع بقاء الحاجة المشاركة . والله أعلم

فصل

إذا صالح من حق الشفعة على مال ، فهو على ما ذكرناه في الصلح عن الرد بالعيب . واختار أبو إسحاق المروزي صحته . ولو تصالحا على أخذ بعض الشقص ، فهل يصح لرضى المشتري بالتبعيض ، أم تبطل شفعته ، أم يبطل الصلح ويبقى خياره بين أخذ الجميع وتركه ؟ فيه ثلاثة أقوال .

فصل
في مسائل منثورة

إحداها : للمفلس العفو عن الشفعة والأخذ ، ولا اعتراض عليه للغرماء ، وينبغي أن يعود في أخذه الخلاف السابق في شرائه في الذمة . ثم الكلام في أنه من أين يؤدي الثمن ؟ ذكرناه في التفليس .

الثانية : وهب شقصاً لعبده وقلنا : يملك، فباع شريكه ، ثبت للعبد الشفعة ، قاله أبو محمد . وفي افتقاره إلى إذن السيد ، وجهان .

الثالثة : لعامل القراض الاخذ بالشفعة . فان لم يأخذ ، فللمالك الاخذ . ولو اشترى بمال القراض شقصاً من شريك رب المال ، فلا شفعة له على الاصح. وإن كان العامل شريكاً فيه ، فله الاخذ إن لم يكن في المال ربح ، أو كان وقلنا : لا يملك بالظهور . فان قلنا : يملك به ، فعلى الوجهين في المالك .

الرابعة: إذا كان الشقص في يد البائع ، فقال الشفيع : لا أقبضه إلا من المشتري ، فوجهان . أحدهما :له ذلك،ويكلف الحاكم المشتري أن يتسلمه ويسلم إلى الشفيع . فان كان غائباً نصب الحاكم من ينوب عنه في الطرفين . والثاني : لا يكلف ذلك ، بل يأخذه الشفيع من البائع .وسواء أخذه من المشتري أو البائع ، فعهدة الشفيع على المشتري ، لأن الملك انتقل إليه منه .

قلت : الاول أصح ،وبه قطع صاحب « التنبيه » وآخرون ، هكذا ذكر الوجهين صاحب « الشامل » وآخرون ، وذكر القاضي أبو الطيب ، وصاحب « المهذب » وآخرون في جواز أخذ الشفيع من البائع وجهين ، وقطع صاحب « التنبيه » بالمنع . وصحح المتولي الجواز، ذكره في باب حكم البيع قبل القبض. والله أعلم

الخامسة : اشترى شقصاً بشرط البراءة من العيوب ، فان أبطلنا البيع ،فذاك، وإن صححناه وأبطلنا الشرط ، فكالشراء مطلقاً . وإن صححنا الشرط ، فللشفيع رده بالعيب على المشتري،وليس للمشتري الرد .

السادسة : لو علم الشفيع العيب ولم يعلمه المشتري ، فلا رد للشفيع، وليس

للمشتري طلب الارش،لأنه استدرك الظلامة، أو لأنه لم ييأس من الرد . فلو رجع إليه ببيع وغيره ، لم يردّ على العلة الاولى، ويرد على الثانية.

السابعة : قال أحد الشريكين للآخر : بِع نصيبك فقد عفوتُ عن الشفعة، فباع ، ثبتت الشفعة ، ولغا العفو .

قلت : وكذا لو قال للمشتري : اشترِ فلا أطالبك بشفعة ، لغا عفوه .

والله أعلم

الثامنة : باع شقصاً ، فضمن الشفيع العهدة للمشتري، لم تسقط شفعته . وكذا إذا شرطنا الخيار للشفيع ، وصححنا شرطه للأجنبي .

التاسعة : أربعة بينهم دار ، فباع أحدهم نصيبه واستحق الشركاء الشفعة ، فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو ، قبلت شهادتهما إن شهدا بعد عفوهما ، وإن شهدا قبله ، لم تقبل . فلو عفوا ثم أعادا تلك الشهادة ، لم تقبل أيضاً للتهمة . وإن شهدا بعد عفو أحدهما ، قبلت شهادة العافي دون الآخر ، فيحلف المشتري مع العافي ، ويثبت العفو . ولو شهد البائع على عفو الشفيع قبل قبض الثمن ، لم تقبل ، لأنه قد يقصد الرجوع بتقدير الافلاس . وإن كان بعد القبض ، فوجهان ، لأنه ربما توقّع العود بسببٍ ما .

العاشرة : أقام المشتري بيّنة بعفو الشفيع ، وأقام الشفيع بينة بأخذه بالشفعة والشقص في يده ، فهل بينة الشفيع أولى لقوتها باليد ، أم بينة المشتري لزيادة علمها بالعفو ؟ وجهان . أصحها : الثاني .

الحادية عشرة : شهد السيد بشراء شقص فيه شفعة لمكاتبه ، قال الشيخ أبو محمد:

تقبل شهادته. قال الامام : كأنه أراد أن يشهد المشتري إذا ادعى الشراء، ثم ثبتت الشفعة تبعاً . فأما شهادته للمكاتب ، فلا تقبل بحال .

الثانية عشرة : الشفيع صبي ، فعلى وليه الأخذ إن كان فيه مصلحة ، وإلا ، فيحرم الأخذ . وإذا ترك بالمصلحة ، ثم بلغ ، فهل له الأخذ ؟ فيه خلاف سبق في الحجر .

الثالثة عشرة : بينهما دار ، فمات أحدهما عن حمل ، فباع الآخر نصيبه ، فلا شفعة للحمل ، لأنه لايتيقن وجوده . فان كان له وارث غير الحمل ، فله الشفعة . وإذا انفصل حياً ، فليس لوليه أن يأخذ شيئاً من الوارث . ولو ورث الحمل شفعة عن مورثه ، فهل لأبيه أو لجده الأخذ قبل انفصاله ؟ وجهان ، وبالمنع قال ابن سريج ، لأنه لايتيقن .

الرابعة عشرة : إذا أخذ الشفيع الشقص ، وبنى فيه ، أو غرس ، فخرج مستحقاً، وقلع المستحق بناءه وغراسه ، فالقول فيما يرجع به الشفيع على المشتري من الثمن وما نقص من قيمة البنـاء والغراس وغير ذلك ، كالقول في رجوع المشتري من الغاصب عليه .

الخامسة عشرة : مات وله شقص من دار ، وعليه دين مستغرق ، فباع الشريك حصته قبل بيع الشقص في الدين ، قال ابن الحداد : الورثة أخذه بالشفعة ، وهذا تفريع على الصحيح : أن الدَّين لا يمنع انتقال الملك في التركة إلى الورثه . وإن قلنا : يمنع ، فلا شفعة لهم . ولو خلف داراً كاملة وعليه دين لا يستغرقها ، فبيع بعضها في الدَّين ، قال ابن الحداد : لا شفعة للورثة فيما بيع بما بقي لهم من الملك ، وهذا مستمر على الصحيح ، فانهم إذا ملكوا الدار ، كان المبيع جزءاً من ملكهم . ومن يبيع من ملكه جزءاً بحق ، لم يكن له استرجاعه بالباقي . وإن قلنا : يمنع ، فهل يمنع في قدر الدين ، أم في الجميع ؟ فيه خلاف مذكور في موضعه . وإن

قلنا بالثاني ، فلا شفعة لهم أيضاً، وإلا ، فلهم . ولو كانت الدار مشتركة بين الميت وورثته ، فبيع نصيبه أو بعضه في دَينه ووصيته، فقال الجمهور : لا شفعة . وقال ابن الحداد : لهم الشفعة ،لأن ما بيع في دينه كما لو باعه في حياته، وهو خلاف مقتضى الأصل المذكور ، فانهم إذا ملكوا التركة صار جميع الدار لهم ، فيكون المبيع جزءاً من ملكهم .

فصل

في الحيل الدافعة للشفعة

منهـا : أن يبيع الشقص بأضعاف ثمنه دراهم ، ويأخذ عرضاً قيمته مثل الثمن الذي تراضيـــا عليه عوضاً عن الدراهم ، أو يحط عن المشتري ما يزيد عليه بعد انقضاء الخيار .

ومنها : ما قاله ابن سريج : يشتري أولا بائع الشقص عرضاً يساوي ثمن الشقص بأضعاف ذلك الثمن ، ثم يجعل الشقص عوضاً عما لزمه .

ومنها : أن يبيع جزءاً من الشقص بثمن كله ، ويهب له الباقي ، وهذه الطرق فيها غرر ، فقد لايفي صاحبه .

ومنها : أن يجعل الثمن حاضراً مجهول القدر ، ويقبضه البائع ولا يزنه ، بل ينفقه أو يخلطه فتندفع الشفعة على الصحيح . وفيهـا خلاف ابن سريج السابق .

ومنها : إذا وقف الشقص ، أو وهبه ، بطلت الشفعة على رأي أبي إسحاق .

ومنها : لو باع بعض الشقص ، ثم باع الباقي ، لم يكن للشفيع أن يأخذ جميع المبيع ثانياً على أحد الوجهين ، فيندفع أخذ جميع المبيـع .

ومنها : لو وكَّل البائع شريكه بالبيـع ، فباع ، لم تكن له الشفعة على أحد الوجهين . وقد سبق ذكر هذه المسائل .

قلت : ومنها : أن يهب له الشقص بلا ثواب ، ثم يهب له صاحبه قدر قيمته، قال الشيخ أبو حامد : هذا لا غرر فيه ، لأنه يمكنه أن يحترز من أن لايفي صاحبه ، بأن يهبه ويجعله في يد أمين ليقبضه إياه،ويهبه صاحبه قدر قيمته ،ويجعله في يد أمين ليقبضه إياه ، ثم يتقابضا في حالة واحدة . والله أعلم

فرع

عند أبي يوسف : لا يكره دفع الشفعة بالحيلة ، إذ ليس فيها دفع حق على الغير ، فانه إنما يثبت بعد البيع. وعند محمد بن الحسن : يكره دفع الشفعة بالحيلة، لما فيها من إبقاء الضرر ، وهذا أشبه بمذهبنا في الحيلة في منع وجوب الزكاة .

قلت : عجب من الامام الرافعي رحمه الله كيف قال ما قال ، مع أن المسألة مسطورة ، وفيها وجهان . أصحها ، وبه قال ابن سريج ، والشيخ أبوحامد : تكره هذه الحيلة . والثاني:لا ، قاله أبو حاتم القزويني في كتاب الحيل . أما الحيل في دفع شفعة الجار ، فلا كراهة فيها قطعاً ، وفيها من الحيل غير ماسبق [ما] ذكره المتولي أنه يشتري عشر الدار مثلا بتسعة أعشار الثمن ، فلا يرغب الشفيع لكثرة الثمن ،ثم يشتري تسعة أعشاره بعشر الثمن، فلا يتمكن الجار من الشفعة، لأن المشتري حالة الشراء شريك في الدار ، والشريك مقدّم على الجار ،أو يخطّ البائع على طرف ملكه خطاً مما يلي دار جاره، ويبيع ما وراء الخط فتمتنع شفعة الجار ، لأن بين ملكه وبين المبيع فاصلاً ، ثم يهبه الفاصل . والله أعلم

كتاب القراض

القراض والمقارضة والمضـاربة ، بمعنى ، وهو أن يدفع مالاً إلى شخص ليتجر فيه والربـح بينهما . ودليل صحته إجمـــاع الصحابة رضي الله عنهم ، وفيـه ثلاثة أبواب .

الأول : في أركان صحته ، وهي خمسة .

[الركن] الأول : رأس المال ، وله أربعة شروط .

الأول : أن يكون نقداً ، وهو الدراهم والدنانير المضروبة ، ودليله الاجماع . ولا يجوز على الدراهم المغشوشة على الصحيح ، ولا على الفلوس على المذهب .

قلت : قد ذكر الفوراني في جواز القراض على ذوات المِثْل وجهين ، وهذا شاذ منكر ، والصواب المقطوع به : المنع . والله أعلم

الشرط الثاني : أن يكون معلوماً . فلو دفع إليه ثوباً وقال : بعه وقد قارضتك على ثمنه ، لم يجز .

الشرط الثالث : أن يكون معيناً . فلو قارض على دراهم غير معينة ، ثم أحضر في المجلس وعينها ، قطع القاضي والامام بجوازه ، كالصرف والسَّلَم ، وقطع البغوي بالمنع . ولو كان له دين على رجل ، فقال لغيره : قارضتك على ديني على فلان ، فاقبضه واتجر فيه ، أو قارضتك عليه لتقبض وتتصرف ، أو اقبضه فاذا قبضته فقد قارضتك عليه ، لم يصح ، وإذا قبض العامل وتصرف فيه ، لم يستحق الربح المشروط ، بل الجميع لرب المال ، وللعامل أجرة مثل التصرف إن كان قال : إذا قبضت فقد

قارضتك . وإن قال : قارضتك عليه لتقبض وتتصرف ، استحق أجرة مثل التقاضي والقبض أيضاً . ولو قال للمديون : قارضتك على الدين الذي لي عليك ،لم يصح القراض ، بل لو قال : اعزل قدر حقي من مالك ،فعزله، ثم قال: قارضتك عليه، لم يصح ،لأنه لم يملكه . فاذا تصرف المأمور فيما عزله ، نظر ، إن اشترى بعينه للقراض ، فهو كالفضولي يشتري لغيره بعين ماله . وإن اشترى في الذمة ، فوجهان. أصحها عند البغوي : أنه للمالك ،لأنه اشترى له باذنه . وأصحهما : عند الشيخ أبي حامد : للعامل ، لان المالك لم يملك اليمين. وحيث كان المعزول للمالك،فالربح ورأس المال له،لفساد القراض، وعليه الأجرة للعامل . ولو دفع كيسين في كل ألف ، وقال : قارضتك على أحدهما ، فوجهان . أحدهما : يصح، لتساويهما. وأصحهما: المنع ،لعدم التعيين .

قلت : فعلى الأول يتصرف العامل في أيهما شاء، فيتعين للقراض . والله أعلم

ولو كانت دراهمه في يد غيره وديعة، فقارضه عليها ، صح ، ولو كانت غصباً، صح على الاصح ، كما لو رهنه عند الغاصب. وعلى هذا ، لا يبرأ من ضمان الغصب كما في الرهن .

قلت : معناه : لا يبرأ بمجرد القراض . أما إذا تصرف العامل فباع واشترى، فيبرأ من ضمان الغصب ، لأنه سلّمه باذن المالك،وزالت عنه يده ، وما يقبضه من الأعواض ، يكون أمانة في يده،لأنه لم يوجد منه فيها مُضمِّن . والله أعلم

الشرط الرابع : أن يكون رأس المال مسلّماً إلى العامل ، ويستقل باليد عليه والتصرف فيه . فلو شرط المالك أن يكون الكيس في يده،ويوفي منه الثمن إذا اشترى العامل شيئاً ، أو شرط أنه يراجعه في التصرفات ، أو مشرفاً نصّبه ،

فسد القراض . ولو شرط أن يعمل معه المالك بنفسه ، فسد على الصحيح .وقال أبو يحيى البلخي : يجوز على سبيل المعاونة والتبعية. ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك ، فوجهان . ويقال : قولان . الصحيح الذي عليه الأكثرون : صحته ، لأن العبد مال، ولمالكه إعارته وإجارته،فيكون في معنى إذن المالك في استخدامه. هذا إذا لم يصرح بحجة على العامل ، فأما إذا قال : على أن يعمل معك غلامي ولا تتصرف دونه ، أو يكون بعض المال في يده ، فيفسد قطعاً . ولو شرط أن يعطيه بهيمة يحمل عليها ، جاز على المذهب .ولو لم يشرط عمل الغلام معه ،ولكن شرط ثلث الربح له ، والثلث لغلامه ، والثلث للعامل ، جاز . وحاصله :اشتراط ثلثي الربح لنفسه ، نص عليه في « المختصر ».

فرع

قال المتولي : لو كان بينه وبين غيره دراهم مشتركة، فقال لشريكه : قارضتك على نصيبي منها ، صح ،إذ ليس له إلا الاشاعة ،وهي لا تمنع صحة التصرف. قال : ولو خلط ألفين بألف لغيره ،ثم قال صاحب الألفين للآخر : قارضتك على أحدهما وشاركتك في الآخر ،فقبل،جاز ،وانفرد العامل بالتصرف في ألف القراض ،ويشتركان في التصرف في باقي المال ، ولا يخرج على الخلاف في الصفقة الواحدة تجمع عقدين مختلفين ، لأنهما جميعاً يرجعان إلى التوكيل بالتصرف .

فرع

لا يجوز جعل رأس المال سكنى دار ، لأنه إذا لم يجعل العرض رأس مال ، فالمنفعة أولى .

الركن الثاني : العمل ، وله شروط .

الأول : أن يكون تجارة ، ويتعلق بهذا الشرط مسائل .

الأولى : لو قارضه على أن يشتري الحنطة فيطحنها ويخبزها ، والطعام ليطبخه ويبيعه ، والغزل لينسجه ، والثوب ليقصره أو يصبغه ، والربح بينهما ، فهو فاسد. ولو اشترى العامل الحنطة ، وطحنها من غير شرط ، فوجهان . أحدهما ، وهو قول القاضي حسين وآخرين : يخرج الدقيق عن كونه رأس مال قراض [١] . فان لم يكن في يده غيره ، انفسخ القراض ، لأن الربح حينئذٍ لا يحال على البيع والشراء فقط. وعلى هذا ، لو أمر المالكُ العاملَ بطحن حنطة القراض ، كان فسخاً للقراض . وأصحها : أن القراض بحاله ، كما لو زاد عبد القراض بكبر ، أو سمن ، أو تعلَّم صنعة، فانه لا يخرج عن كونه مال قراض ، لكن إن استقل العامل بالطحن ، صار ضامناً، ولزمه الغرم إن نقص الدقيق . فان باعه ، لم يكن الثمن مضموناً عليه ، لأنه لم يتعدَّ فيه ، ولا يستحق العامل بهذه الصناعات أجرة ولو استأجر عليها ، والأجرة عليه ، والربح بينه وبين المالك كما شرطا .

الثانية : قارضه على دراهم على أن يشتري نخيلاً ، أو دواب ، أو مستغلاتٍ ويمسك رقابها لثمارها ونتاجها وغلاتها ، وتكون الفوائد بينهما ، فهو فاسد ، لأنه ليس ربحاً بالتجارة ، بل من عين المال .

الثالثة : شرط أن يشتري شبكة ويصطاد بها والصيد بينهما ، فهو فاسد ،ويكون الصيد للصائد ، وعليه أجرة الشبكة .

الشرط الثاني : أن لا يكون مضيَّقاً عليه بالتعيين . فلو عين نوعاً يندر كالياقوت الأحمر والخزّ الأدكن ، والخيل العتق ، والصيد حيث يندر ، فسد القراض ، لأنه تضييق يخل بالمقصود . وإن لم يندر ، ودام شتاءً وصيفاً كالحبوب ، والحيوان ،والخزّ ،

---

(١) في نسخ الظاهرية : يخرج الدقيق عن كونه مال قراض .

والبَزّ ، صح القراض . وإن لم يدم ، كالثمار الرطبة ، فوجهان . أصحها : الجواز . والثاني : المنع ، إلا إذا قال : تصرف فيه ، فاذا انقطع ، فتصرف في كذا ، فيجوز. ولو قال : لا تشتر إلا هذه السلعة ، أو إلا هذا العبد ، فسد ، بخلاف ما لو قال : لا تشتر هذه السلعة ، لأنه يمكن شراء غيرها . ولو قال : لا تبع إلا لزيد ، أو لاتشتر إلا منه ، لم يجز ، وقال الماسرجسي : إن كان المعيَّن بياعاً لاينقطع عنده المتاع الذي يتجر في نوعه غالباً ، جاز تعيينه ، والمعروف ، الأول . ولو قال: لاتبع لزيد ولاتشتر منه ، جاز على الصحيح .

فرع

لايشترط تعيين نوع يتصرف فيه على الصحيح ، بخلاف الوكالة .

فرع

إذا جرى تعيين صحيح ، لم يكن للعامل مجاوزته كما في سائر التصرفات المستفادة بالاذن . ثم الاذن في البزّ ، يتناول ما يلبس من المنسوج ، من الابريسم ، والقطن ، والكتان ، والصوف ، دون البسط ، والفرش . وفي الأكسية ، وجهان ، لأنها ملبوسة ، لكن لايسمى بائعها بزازاً .

قلت : أصحها : المنع . والله أعلم

الشرط الثالث : أن لا يضيّق بالتوقيت ، ولا يعتبر في القراض بيان المدة ، بخلاف المساقاة ، لأن مقصودها وهو الثمرة ، ينضبط بالمدة . فلو وقّت فقال : قارضتك

سنة ، فان منعه من التصرف بعدها مطلقاً ، أو من البيع ، فسد ، لأنه يخلُّ بالمقصود. وإن قال : على أن لاتشتري بعد السنة ، ولك البيع ، صح على الأصح ، لأن المالك يتمكن من منعه من الشراء متى شاء ، بخلاف البيع . ولو اقتصر على قوله :قارضتك سنة ، فسد على الأصح . وعلى الثاني : يجوز ، ويحمل على المنع من الشراء ، استدامة للعقد . ولو قال : قارضتك سنة على أن لا أملك الفسخ قبل انقضائها ، فسد .

فرع

لا يجوز أن يعلق القراض ، فيقول : إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك ،كما لا يعلق البيع ونحوه . ولو قال : قارضتك الآن ولاتتصرف حتى ينقضي الشهر ، فقيل : يجوز كالوكالة . والاصح : لايجوز ، كقوله : بعتك ولاتملك إلا بعد شهر .

الركن الثالث : الربح ،وله أربعة شروط .

الاول : أن يكون مخصوصاً بالمتعاقدين . فلو شرط بعضه لثالث فقال : على أن يكون ثلثه لك ، وثلثه لي ، وثلثه لزوجتي ، أو لابني ،أو لاجنبي ، لم يصح ، إلا أن يشرط عليه العمل معه ، فيكون قراضاً مع رجلين . ولو كان المشروط له عبداً المالك، أو عبداً لعامل ، كان ذلك مضموماً إلى ما [شرط] للمالك أو للعامل . ولو قال : نصف الربح لك ونصفه لي ، ومن نصيبي نصفه لزوجتي ، صح القراض ، وهذا وعد هبة لزوجته . ولو قال للعامل : لك كذا على أن تعطي ابنك أو امرأتك نصفه ، قال القاضي أبو حامد : إن ذكره شرطاً ، فسد القراض ، وإلا ، فلا .

الشرط الثاني : أن يكون مشتركاً بينهما . فلو قال : قارضتك على أن يكون جميع الربح لك ، فوجهان . أصحهما : أنه قراض فاسد رعاية للفظ . والثاني : أنه قراض صحيح رعاية للمعنى . ولو قال : قارضتك على أن الربح كله لي ، فهل هو

قراض فاسد، أم إبضاع ؟ فيه الوجهان . ولو قال : أبضعتك على أن نصف الربح لك ، فهو إبضاع ، أم قراض ؟ فيه الوجهان . ولو قال : خذ هذه الدراهم وتصرف فيها والربح كلّه لك ، فهو قرض صحيح عند ابن سريج والأكثرين ، بخلاف ما لو قال : قارضتك والربح كلّه لك ، لأن اللفظ صريح في عقد آخر . وقال الشيخ أبو محمد : لا فرق بين الصورتين . وقال القاضي حسين : الربح والخسران للمالك، وللعامل أجرة المثل ، ولا يكون قرضاً ، لأنه لم يملّكه . ولو قال : تصرّف فيها والربح كلّه لي ، فهو إبضاع .

الشرط الثالث :أن يكون معلوماً . فلو قال : قارضتك على أن لك في الربح شِرْكاً ، أو شركة ، أو نصيباً ، فسد . وإن قال : لك مثل ما شرطه فلان لفلان ، فان كانا عالمين به ، صح . وإن جهله أحدهما ، فسد . ولو قال : الربح بيننا ، ولم يبين ، فوجهان . أحدهما : الفساد . وأصحها : الصحة ، وينزل على النصف، كقوله : هذه الدار بيني وبين زيد ، يكون مقراً بالنصف . ولو قال : على أن ثلث الربح لك ، وما بقي فثلثه لي وثلثاه لك ، صح . وحاصله اشتراط سبعة أتساع الربح للعامل ، هذا إذا علما عند العقد أن المشروط للعامل بهذا اللفظ كم هو؟ فان جهلاه أو أحدهما ، صح أيضاً على الاصح ، وبه قطع في « الشامل » ، لسهولة معرفته . ويجري الخلاف ، فيما إذا قال : [لك] من الربح سدس ربع العشر ، وهما لا يعلمان قدره عند العقد أو أحدهما .

الشرط الرابع : أن يكون العلم به من حيث الجزئية ، لا من حيث التقدير. فلو قال : لك من الربح ، أو لي منه درهم أو مائة ، والباقي بيننا نصفين ، فسد القراض . وكذا لو قال : نصف الربح إلا درهماً ، وكذا إذا اشترط أن يوليه سلعة كذا إذا اشتراها برأس المال ، لأنه ربما لا يربح إلا فيها ، أو أن يلبس الثوب

المشترى ، أو يركب الدابة ، أو اختصاص أحدهما بربح صنف من المال ، أو قال : ربح أحد الألفين لي ، وربح الآخر لك ، وشرط تمييز الألفين . فلو دفعهما إليه ولا تمييز ، وقال : ربح أحدهما لي ، وربح الآخر لك ، فسد أيضاً على الأصح .وقيل: يصح ويكون كقوله : نصف ربح الألفين لك .

الركن الرابع : الصيغة .

القراض والمضاربة والمعاملة ،ألفاظ مستعملة في هذا العقد . فاذا قال : قارضتك، أو ضاربتك ، أو عاملتك ، على أن الربح بيننا نصفين ، كان إيجاباً صحيحاً . ويشترط القبول متصلاً الاتصال المعتبر في سائر العقود . ولو قال : خذ هذا الألف واتجر فيه ، على أن الربح بيننا نصفين، فقطع القاضي حسين والبغوي ،بأنه قراض ،ولا يفتقر إلى القبول . وقال الامام : قطع شيخي والطبقة العظمى من نقلة المذهب : أنه لابد من القبول ، بخلاف الجعالة والوكالة ، لأن القراض عقد معاوضة يختص بمعين . ولو قال : قارضتك على أن نصف الربح لي ، وسكت عن جانب العامل ، لم يصح على الأصح . وقيل : يصح ويكون بينهما نصفين . ولو قال :على أن نصف الربح لك ، وسكت عن جانب نفسه ، أو على أن لك النصف ولي السدس،وسكت عن الباقي ، صح على الصحيح ،وكان بينهما نصفين .

الركن الخامس : العاقدان .

فالقراض توكيل وتوكل ، فيعتبر فيهما مايعتبر في الوكيل والموكل ، ويجوز لولي الطفل والمجنون أن يقارض بمالهما ،سواء فيه الأب ،والجد ، والوصي ، والحاكم ،وأمينه.

فصل

إذا قارض في مرض موته ، صح ، ويسلّم للعامل الربح المشروط وإن زاد

على أجرة المثل،ولا يحسب من الثلث. ولو ساقاه في مرض الموت ،وزاد على أجرة مثله ، حسبت الزيادةمن الثلث على الاصح ،والفرق : أن النماء في المساقاة من عين المال .

فصل

يجوز أن يقارض الواحد اثنين وعكسه .فاذا قارض اثنين ،وشرط لهما نصف الربح بالسوية ، جاز ، ولو شرط لأحدهما ثلث الربح ،وللآخر ربعه ، فان أبهم، لم يجز . وإن عين صاحب الثلث وصاحب الربع ، جاز . قال الامام : وإنما يجوز أن يقارض اثنين إذا أثبت لكل واحد الاستقلال . فان شرط كل واحد مراجعة الآخر ، لم يجز . هذا كلام الامام ، وما أظن الأصحاب يساعدونه عليه . وإذا قارض اثنان واحداً ، فليبيّنا نصيب العامل من الربح ، ويكون الباقي بينهما على قدر ماليهما . ولو قالا : لك من نصيب أحدنا من الربح الثلث ، ومن نصيب الآخر الربع ، فان أبهما ، لم يجز . وإن عيّنا وهو عالم بقدر مال كل واحد ، جاز ، إلا أن يشترطا كون الباقي بين المالكين على غير ماتقتضيه نسبة المالين .

فصل

إذا فسد القراض بتخلف بعض الشروط ، فله ثلاثة أحكام . أحدها : تنفذ تصرفاته كنفوذها في القراض الصحيح لوجود الاذن كالوكالة الفاسدة . الثاني : سلامة الربح بكماله للمالك . الثالث: استحقاق العامل أجرة مثل عمله ، سواء كان في المال ربح ،أم لا ، وهذه الأحكام مطردة في صور الفساد،لكن لو قال: قارضتك على أن جميع الربح لي ، وقلنا : هو قراض فاسد ، لا إبضاع ، ففي استحقاق العامل أجرة المثل ، وجهان . أصحها : المنع ،لأنه عمل مجاناً .

فرع

قال في « المختصر » لو دفع إليه ألفاً وقال : اشتر بها هروياً أو مروياً بالنصف، فهو فاسد . واختلفوا في سبب فساده ، فالأصح ، وفي سياق الكلام ما يقتضيه : أنه تعرض للشراء دون البيع ، وهذا تفريع على الأصح ، أن التعرض للشراء لا يغني عن التعرض للبيع ، بل لابد من لفظ المضاربة ونحوها لتناول البيع والشراء ، أو [من] لفظ البيع والشراء جميعاً . وإذا اقتصر على الشراء ، فللمدفوع إليه الشراء دون البيع ، والربح كله للمالك ، والخسران عليه . وقيل : يكفي التعرض للشراء ، ويتضمن الاذن في البيع بعده ، وقيل : إذا أتى بلفظ المضاربة أو القراض كان كقوله : اشتر ، من غير تعرض للبيع . والصحيح : الصحة . وقيل : سببه أنه لم يبين لمن النصف . واعترض ابن سريج على هذا ، بأن الشرط ينصرف إلى العامل ، لأن المالك يستحق بالمال ، لابالشرط . وقال ابن أبي هريرة : سبب الفساد ، أنه لم يعين أحد النوعين ، ولا أطلق التصرف في أنواع الأمتعة . واعترض القاضي حسين عليه ، بأنه لو عين أحدهما ، حكمنا بالصحة ، فاذا ذكرهما على الترديد ، زاد العاملَ بسطةً وتخييراً ، فهو أولى بالصحة .

قلت : هذا الاعتراض ليس بمقبول ، لأن حاصله أنه حمل لفظة « أو » على التخيير، وابن أبي هريرة ينكر ذلك ويقول : إنما أذن له في أحدهما وشك في المراد .

والله أعلم

وقيل : سببه أن القراض إنما يصح إذا أطلق التصرف في الأمتعة ، أو عيَّن جنساً يعم وجوده ، والهروي والمروي ليسا كذلك ، وكأن هذا القائل يفرضه

في بلد لا يعتّمان فيه . وقال الامام: يجوز أن يكون سببه أنه أرسل ذِكر النصف ولم يقل: نصف الربح .

الباب الثاني
في أحكام القراض الصحيح

هي ثلاثة أبواب .

الاول : تقيّد تصرّف العامل بالمصلحة كتصرف الوكيل ، ثم قد تقتضي المصلحة التسوية بينهما ، وقد تقتضي الفرق ، فبيع العامل وشراؤه بالغبن كالوكيل ، ولا يبيع أيضاً نسيئة ، ولا يشتري بها . فان أذن المالك في البيع نسيئة ،ففعل ،وجب الاشهاد، فان تركه ، ضمن ، ولا حاجة إليه في البيع حالاً لأنه يحبس المبيع إلى استيفاء الثمن ، ولو سلمه قبل استيفائه ، ضمن ، كالوكيل . فان كان مأذوناً له في التسليم قبل قبض الثمن ، سلمه ، ولم يلزمه الاشهاد ،لأن العادة ترك الاشهاد في البيع الحال. ويجوز للعامل البيع بالعرض ، بخلاف الوكيل ، لانه من مصالح القراض ، وكذا له شراء المعيب إذا رأى فيه ربحاً ، فان اشتراه بقدر قيمته ، قال المتولي : في صحته وجهان، لأن الرغبات تقل في المعيب .

قلت : الاصح : الجواز إذا رأى المصلحة . والله أعلم

وإن اشترى شيئاً على ظن السلامة ، فبان معيباً ، فله أن ينفرد بردّه إن كانت فيه غبطة ، ولا يمنعه [منه] رضى المالك ، بخلاف الوكيل ، لان العامل صاحب حق في المال . وإن كانت الغبطة في إمساكه ، لم يكن له رده على الاصح ، لاخلاله بالمقصود . وحيث ثبت الرد للعامل ، فللمالك أولى . قال الامام : ثم العامل

يردّ على البائع وينقض البيع . وأما المالك ، فان كان الشراء بعين مال القراض ، فكمثل ، وإن كان في الذمة ، فيصرفه المالك عن مال القراض . وفي انصرافه إلى العامل ماسبق في انصراف العقد إلى الوكيل إذا لم يقع للموكل . ولو تنازع المالك والعامل في الردّ وتركه ، عمل بالمصلحة .

فرع

لا يجوز للمالك معاملة العامل ، بأن يشتري من مال القراض شيئاً ، لأنه ملكه كالسيد مع المأذون له .

فرع

لا يجوز أن يشتري للقراض بأكثر من رأس المال . فلو فعل ، لم يقع مازاد عن جهة القراض . فلو دفع إليه مائة قراضاً ، فاشترى عبداً بمائة ، ثم آخر بمائة للقراض أيضاً ، لم يقع الثاني للقراض ، بل ينظر إن كان اشتراه بعين المائة فالشراء باطل ، سواء اشترى الأول بعين المائة أو في الذمة . وإن اشتراه في الذمة ، انصرف إلى العامل حيث ينصرف شراء الوكيل المخالف إليه . وإذا انصرف إليه ، فصرف مائة القراض في ثمنه ، فقد تعدّى ، ودخلت المائة في ضمانه ، لكن العبد الاول يبقى أمانة في يده ، لأنه لم يتعدّ فيه . فان تلفت المائة والشراء الاول بعينها ، انفسخ ، وإن كان في الذمة ، لم ينفسخ ، وثبت للمالك على العامل مائة ، والعبد الاول للمالك ، وعليه لبائعه مائة ، فان أداها العامل باذن المالك ، وشرط الرجوع ، ثبت له مائة على المالك ، ووقع الكلام في التقاصّ . وإن أداها بغير إذنه ، برىء المالك عن حق صاحب العبد ، ويبقى حقه على العامل .

فصل

اشترى العامل مَن يعتق على المالك ، فاما أن يشتريَه بإذنه ، وإما بغيره .

الحال الاول : بإذنه ، فيصح . ثم إن لم يكن في المال ربح ، عتق على المالك وارتفع القراض إن اشتراه بجميع مال القراض ، وإلا ، فيصير الباقي رأس مال . وإن كان في المال ربح ، بني على أن العامل متى يملك نصيبه من الربح ؟ إن قلنا : بالقسمة ، عتق أيضاً، وغرم المالك نصيبه من الربح ، وكأنه استرد طائفة من المال بعد ظهورِ الربح ، وإن قلنا : يملك بالظهور ، عتق منه حصة رأس المال ونصيب المالك من الربح ، وسرى إلى الباقي إن كان موسراً ويغرمه ، وإن كان معسراً ، بقي رقيقاً . وفي وجه : إذا كان في المال ربح وقد اشتراه ببعض المال ، نظر ، إن اشتراه بقدر رأس المال ، عتق وكأن المالك استرد المال ، والباقي ربح يتقاسمانه، وإن اشتراه بأقل ، حُسب من رأس المال ؛ أو بأكثر ، حُسب قدر رأس المال من رأس المال والزيادة من حصة المالك ما أمكن . والصحيح الأول . ولو أعتق المالك عبداً من مال القراض ، فهو كشراء العامل مَن يعتق عليه بإذنه .

الحال الثاني : يشتريه بغير إذنه ، فلا يقع [الشراء] عن المالك بحال ، إذ لا مصلحة فيه للقراض ، ثم إن اشتراه بعين مال القراض ، بطل من أصله . وإن كان في الذمة ، وقع عن العامل ، ولزمه الثمن من ماله . فان أداه من مال القراض ، ضمن.

فرع

اشترى زوجة المالك ، أو زوجها بلا إذن ، قيل : يصح . والأصح المنصوص ،

المنع كمن يعتق عليه ، لأنه لو صح لانفسخ النكاح وتضرر ، وإنما قصد بالاذن ما فيه حظ . فعلى هذا ، هو كما لو اشترى من يعتق عليه بلا إذن .

فرع

لو وكل بشراء عبد ، فاشترى الوكيل من يعتق على الموكل ، صح ووقع عن الموكل على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، لأن اللفظ شامل ، بخلاف القراض ، فان مقصوده الربح فقط ، ونقل الامام وجهاً : أنه لايقع للموكل ، بل يبطل الشراء إن اشترى بعين المال ، ويقع عن الوكيل إن كان في الذمة .

فرع

العبد المأذون له [في التجارة] ، إذا اشترى من يعتق على سيده باذنه ، صح ، وعتق عليه إن لم تركبه ديون ، وإلا ، فقولان ، لأن مافي يده كالمرهون بالديون. وإن اشترى بغير إذنه ، لم يصح على الأظهر . والثاني : يصح ، ويعتق عليه .ورأى الامام القطع بالبطلان إن كان [أذن] في التجارة ، وجعل الخلاف فيما إذا قال : تصرف في هذا المال واشتر عبداً . والجمهور على جريان القولين في الاذن في التجارة ، وهو نصه في « المختصر » . ثم هذا الخلاف ، إذا لم يركبه دين ، فان ركبه ، ترتب على الخلاف فيما إذا لم يركبه ، وأولى بالبطلان . فان صح ، ففي نفوذ العتق القولان .

فرع

اشترى العامل من يعتق عليه ، فان لم يكن في المال ربح ، صح ولم يعتق

كالوكيل يشتري أباه لموكله ، ثم إن ارتفعت الاسعار وظهر ربح، بني على القولين في أن العامل متى يملك الربح ؟ إن قلنا: بالقسمة ، لم يعتق منه شيء . وإن قلنا: بالظهور ، عتق عليه بقدر حصته على الأصح . وقيل : لايعتق، لعدم استقرار ملكه . فان قلنا : بالأصح ، ففي السراية وتقويم الباقي عليه إن كان موسراً ، وجهان . أصحها وبه قال الأكثرون: تثبت كما لو اشتراه وفيه ربح وقلنا :يملك بالظهور. وإن كان في المال ربح، سواء كان حاصلاً قبل الشراء ، أو حصل بنفس الشراء بأن كان رأس المال مائة ، فاشترى بها أباه وهو يساوي مائتين ، فان قلنا : يملك الربح بالقسمة ، صح الشراء ولم يعتق ،وإلا ،ففي صحة الشراء في قدر حصته من الربح ، وجهان . أصحها :الصحة،لأنه مطلق التصرف في ملكه. والثاني: لا، لأنه يخالف غرض الاسترباح .فان منعنا، ففي الصحة في نصيب المالك قولا الصفقة، وإن صححنا ، ففي عتقه عنه الوجهان السابقان. فان قلنا :يعتق ، فان كان موسراً ، سرى العتق إلى الباقي ولزمه الغرم، لأنه مختار في الشراء ، وإلا ، فيبقى الباقي رقيقاً. هذا كله إذا اشترى بعين مال القراض . فأما إن اشترى في الذمة للقراض، فحيث صححنا الشراء بعين مال القراض، أوقعناه هنا عن القراض، وحيث لم نصحح هناك ، أوقعناه هنا عن العامل ، وعتق عليه . وحكي قول : أنه إذا أطلق الشراء ولم يصرفه إلى القراض لفظاً ، ثم قال : كنت نويته ،وقلنا : إنه إذا وقع عن القراض لا يعتق منه شيء ، لم يقبل قوله ،لأن الذي جرى عقد عتاقه ، فلا يقبل رفعه .

فرع

ليس للعامل أن يكاتب عبد القراض بغير إذن المالك . فان كاتباه معاً ، جاز ،

وعتق بالأداء ، ثم إن لم يكن في المال ربح ، فولاؤه للمالك ولا ينفسخ القراض بما جرى من الكتابة على الأصح ، بل ينسحب على النجوم، وإن كان فيه ربح ، فالولاء بينهما على حسب الشرط ، وما يزيد من النجوم على القيمة ، ربح .

الحكم الثاني : منع مقارضة العامل غيره . فلو قارض باذن المالك وخرج من الدين[١] وصار وكيلاً في مقارضة الثاني ، صح ، ولا يجوز أن يشرط العامل الاول لنفسه شيئاً من الربح . ولو فعل ، فسد القراض الثاني ، ولعامله أجرة المثل على المالك، لما سبق أن شرط الربح لغير العامل والمالك ممتنع . وإن أذن[له] في أن يعامل غيره ليكون ذلك الغير شريكاً له في العمل والربح المشروط له على مايراه، فقيل : يجوز كمقارضة شخصين ابتداءً ، والأصح : المنع . وإن قارض بغير إذن المالك ، فهو فاسد ، ويجيء فيه قول وقف عقد الفضولي على الاجازة . فاذا قلنا بالمشهور ، فتصرّف الثاني في المال وربح ، فهو كالغاصب إذا اتجر في المغصوب . فان تصرّف في عينه ، فتصرّفُ فضولي ، وإن باع سلَماً ، أو اشترى في الذمة وسلم المغصوب فيما التزمه وربح ،فالربح للغاصب في الجديد ، وللمالك في القديم. وفي هذا القديم ، أبحاث .

أحدها : هل الربح للمالك جزماً ، أم موقوف على إجازته ؟ قيل : بالوقف كبيع الفضولي على القديم .فعلى هذا ، إن رده ، ارتد، سواء اشترى في الذمة،أم بعين المغصوب ، وقال الأكثرون بالجزم، وبنَوه على المصلحة ،وكيف يصح وقف شراء الغاصب لنفسه على إجازة غيره ، وإنما قول الوقف إذا تصرف في عين مال الغير أو له ؟!

الثاني : أن هذا القول جارٍ فيما إذا كان في المال ربح وكثرت التصرفات

(١) في نسخة الظاهرية . من البين .

وعسر تتبعها ، فان سهل وقلّت ولاربح ، فلا مجال له . فان سهل وهناك ربح، أو عسر ولاربح ، فوجهان، وسواء في الربح القليل والكثير .

الثالث : لو اشترى في ذمته ولم يخطر له أن يؤدي الثمن من الدراهم المغصوبة ، ثم خطر له ،قال الامام : ينبغي أن لا يجري القديم إن صدّقه المالك . وهذه المسألة تلقب بمسألة البضاعة ، وقد ذكرناها مختصرة في أول البيع وفي الغصب . وإذا قلنا بالجديد ، فاشترى بعين مال القراض ، فباطل ، وإن اشترى في الذمة ، فهل جميع الربح للعامل الثاني لأنه المتصرف كالغاصب ؟ أم للأول لأن الثاني تصرف باذنه كالوكيل ؟ وجهان . أصحها: الأول،وعليه للثاني أجرة عمله .وإذا قلنا : بالقديم ،ففيما يستحقه المالك من الربح ؟ وجهان . أحدهما : جميعه كالغصب . فعلى هذا ، للعامل الثاني أجرة عمله . قيل : يأخذها من العامل الأول ، لأنه استعمله ،وقيل : من المالك، لأن نفع عمله عاد إليه . و [الوجه] الثاني وهو الصحيح : له نصف الربح، لأنه رضي به ،بخلاف صورة الغصب . فعلى هذا ، في النصف الثاني أوجه . قيل: كله للعامل الأول ، وللثاني عليه أجرة عمله ، لأنه غرّه . وقيل :للثاني . وقيل : بينهما بالسوية ، وهو الأصح . وعلى هذا ، في رجوع الثاني بنصف أجرة المثل ، وجهان . أصحها : لا ، لأنه أخذ نصف ماحصل لهما ، والوجهان فيما إذا كان الأول قال : على أنّ ربح هذا المال بيننا ،أو على أن لكلٍ نصفه .فان كان قال: ما رزقنا الله تعالى [من الربح] فهو بيننا ، فلا رجوع على المذهب ، وبه قطع الأكثرون ، لان النصف ،هو الذي رُزقاه. وعن الشيخ أبي محمد، طرد الوجهين، لأن المفهوم ،بشطر جميع الربح .وجميع ما ذكرناه إذا كان القراضان على المناصفة، فان كانا هما أو أحدهما على نسبة أخرى،فعلى ما تشارطا . هذا كله إذا تصرف الثاني وربح . أما لو هلك المال في يده ، فان كان عالماً بالحال ، فغاصب . وإن ظن العامل

مالكاً ، فهو كالمستودع من الغاصب ، لأن يده أمانة . وقيل : كالمتهب من الغاصب، لعود النفع إليه ، وقد سبق بيانها ضماناً وقراراً .

الحكم الثالث : منعه السفر بمال القراض ، فليس له السفر به بغير إذن المالك، وفي قول : له ذلك عند أمن الطريق ، نقله البويطي . فعلى المشهور : لو سافر، ضمن المال ، ثم إن كان المتاع بالبلدة التي سافر إليها أكثر قيمة ،أو تساوت القيمتان، صح البيع ، واستحق الربح بسبب الاذن . وإن كان أقل قيمة ، لم يصح البيع، إلا أن يكون النقص قدراً يتغابن به . وإذا صححنا البيع ، فالثمن الذي يقبضه مضمون عليه ، بخلاف الوكيل في البيع إذا تعدّى ثم باع ، لا يضمن الثمن الذي يقبضه ، لأنه لم يتعدّ فيه ، وهنا العدوان بالسفر ، وهو شامل ، ولا تعود الأمانة بالعود من السفر . أما إذا سافر بالاذن ، فلا عدوان ولا ضمان . قال المتولي : ويبيع بما كان يبيعه في البلد الذي سافر منه ، فان لم يساوِ إلا مادونه ، فان ظهر [فيه] غرض، بأن كانت مؤنة الرد أكثر من قدر النقص ، أو أمكن صرف الثمن إلى متاع يتوقع فيه ربحاً ، فله البيع ، وإلا ، فلا يجوز ، لأنه تخسير محض .

قلت : وإذا سافر بالاذن ، لم يجز سفره في البحر إلا بنص عليه . والله أعلم

فصل

على العامل أن يتولّى ما جرت العادة به من نشر الثياب وطيّها وذرعها وإدراجها في السفط وإخراجها ووزن ما يخف كالذهب والمسك والعود وقبض الثمن وحمله وحفظ المتاع على باب الحانوت ، وفي السفر بالنوم عليه ونحوه ، وليس عليه وزن الأمتعة الثقيلة وحملها ، ولا نقل المتاع من الخان إلى الحانوت والنداء عليه ، ثم

ماعليه أن يتولاه لو استأجر عليه ، فالاجرة في ماله ، وما ليس عليه أن يتولاه ، له أن يستأجر عليه من مال القراض . ولو تولاه بنفسه ، فلا أجرة له .

فصل

أجرة الكيال والوزّان والحمال ، في مال القراض ، وكذا أجرة النقل إذا سافر بالاذن ، وكذا أجرة الحارس والرصدي .

فرع

لا يجوز للعامل أن يتصدق من مال القراض بشيء أصلاً ، ولا أن ينفق منه على نفسه في الحضر قطعاً . وفي السفر ، قولان . أظهرهما : لا نفقة له ، كالحضر. والثاني : له . وقيل : بالمنع قطعاً . وقيل : بالاثبات قطعاً . فان أثبتنا ، فالأصح أنه يختص بما يزيد بسبب السفر ، كالخف والاداوة وشبهها . وقيل : يطرد في كل ما يحتاج إليه من طعام وكسوة وإدام وغيرها .

قلت : وإذا قلنا بالاختصاص ، استحق أيضاً ما يتجدد بسبب السفر من زيادة النفقة ، واللباس ، والكراء ، ونحوها . والله أعلم

ويتفرع على الاثبات مسائل .

منها : لو استصحب مال نفسه مع مال القراض ، وزّعت النفقة على قدر المالين . قال الامام : ويجوز أن ينظر إلى قدر العمل على المالين ، ويوزّع على أجرة مثلها . وقال أبوالفرج السرخسي : إنما يوزع إذا كان ماله قدراً يقصد السفر له .

قلت : وقد قال بمثل قول السرخسي أبوعلي في « الافصاح » ، وصاحب « البيان» .
والله أعلم

ومنها : لو رجع العامل ومعه فضل زاد ، أو آلات أعدها للسفر ، كالمطهرة ونحوها ، لزمه ردها إلى مال القراض على الصحيح .

ومنها : لو استرد المالك المال منه في الطريق أو في البلد الذي سافر إليه ، لم يستحق نفقة الرجوع على الأصح ، كما لو خالع زوجته في السفر .

ومنها : أنه يشترط أن لايسرف ، بل يأخذ بالمعروف ، وما يأخذه يحسب من الربح ، فان لم يكن ربح ، فهو خسران لحق المال ، ومهما أقام في طريقه فوق مدة المسافرين في بلد ، لم يأخذ لتلك المدة .

ومنها : لو شرط نفقة السفر في ابتداء القراض ، فهو تأكيد إذا أثبتناها ، وإلا ، فسد القراض على الأصح ، كما لو شرط نفقة الحضر . والثاني : لا ، لأنه من مصالح العقد . وعلى هذا ، في اشتراط تقديرها ، وجهان . وعن رواية المزني في « الجامع » أنه لابد من شرط النفقة في العقد مقدرة ، لكن لم يثبتها الأصحاب .

فصل

هل يملك العامل حصته من الربح بالظهور كالمساقاة ، أم لايملك إلا بالقسمة ؟ قولان . أظهرهما عند الأكثرين : الثاني . فان قلنا : بالظهور ، فليس ملكاً مستقراً ، فلا يتسلط العامل على التصرف فيه ، لأن الربح وقاية لرأس المال . فلو اتفق خسران ، كان من الربح دون رأس المال ما أمكن . ولذلك نقول : إذا طلب أحدهما قسمة الربح قبل فسخ القراض ، لايجبر الآخر . فاذا ارتفع القراض

والمال ناضّ واقتسماه ، حصل الاستقرار وهو نهـاية الأمر . وكذلك لو كان قدر رأس المال ناضّاً ،فأخذه المالك واقتسما الباقي.وفي حصول الاستقرار بارتفاع العقد ، ونضوض المال من غير قسمة ، وجهان . أصحهما : نعم ،للوثوق بحصول رأس المال، والثاني : لا ،لان القسمة الباقية من تتمة عمل العامل . وإن كان المال عرضاً ،بني على خلاف يأتي إن شاء الله تعالى ، في أن العامل هل يجبر على البيع والتنضيض؟ إن قلنا : نعم ، فالمذهب أنه لا استقرار ، إذ لم يتم العمل ، وإلا ، فوجهان ، كما لو كان ناضّاً . ولو اقتسما الربح بالتراضي قبل فسخ العقد ، لم يحصل الاستقرار، بل لو حصل خسران بعده ، كان على العامل جبره بما أخذ . وإذا قلنا : لا يملك إلا بالقسمة ، فله فيه حق مؤكد حتى يورث عنه، لانه وإن لم يملكه ، فقد ثبت له حق التملك،ويقدّم على الغرماء ،لتعلق حقه بالعين ،وله أن يمتنع من العمل بعد ظهور الربح ، ويسعى في التنضيض ليأخذ منه حقه . ولو أتلف المالك المال ، غرم حصة العامل ،وكان الاتلاف كالاسترداد .

فرع

لو كان في المال جارية ، لم يكن (١) للمالك وطؤها ، كان في المال ربح أو لم يكن.واستبعد الامام التحريم إذا لم يكن ربح. وإذا حرّمنا، فوطىء ، لم يكن فسخاً للقراض على الاصح ، ولا حدّ عليه . وأما المهر ، فسنذكره إن شاء الله تعالى . ولو وطئها العامل ، فعليه الحد إن لم يكن ربح وكان عالماً ، وإلا ، فلا حدّ ، ويؤخذ منه جميع المهر ويجعل في مال القراض . ولو استولد ، لم تصر

(١) في نسخ الظاهرية : لم يجز .

أم ولد إن قلنا : لا يملك بالظهور ، وإلا ، ثبت الاستيلاد في نصيبه ، ويقوَّم عليه الباقي إن كان موسراً .

فرع

لا يجوز للمالك تزويج جارية القراض ، لانه ينقصها فيضرُّ بالعامل .

فصل
فيما يقع في مال القراض من زيادة أو نقص

أما الزيادة ، فثمرة الشجرة المشتراة للقراض ، ونتاج الدابة ، وكسب الرقيق ، وولد الجارية ، ومهرها إذا وطئت بشبهة ، وبدل منافع الدواب والأرض ، سواء وجب باستعمالها عدواناً أو باجارة صدرت من العامل ، فان له الاجارة . فاذا رأى فيها المصلحة ، أطلق الامام والغزالي : أن هذه كلها مال قراض ، لأنها من فوائده ، وقال المتولي : إن كان في المال ربح ، وملّكنا العامل حصته بالظهور ، فالجواب كذلك . فان لم يكن ربح ، أو لم نملّكه ، فمن الأصحاب من قال : مال قراض . وقال جمهورهم : يفوز بها المالك ، لأنها ليست من فوائد التجارة . ويشبه أن يكون هذا أولى . فان جعلناها مال قراض ، فالأصح أنها من الربح . وقيل : هي شائعة في الربح ورأس المال . ولو وطئها المالك ، قال الغزالي وغيره : يكون مسترداً مقدار المهر ، فيستقر نصيب العامل منه . وقال البغوي : إن كان في المال ربح وملّكناه بالظهور ، وجب نصيب العامل من الربح ، وإلا ، فلا شيء له . واستيلاد المالك جارية القراض ، كاعتاقها . وإذا أوجبنا المهر بوطئه الخالي عن الاحبال ، فالأصح الجمع بينه وبين القيمة . وأما النقص ، فما حصل برخص ، فهو خسران مجبور

بالربح . وكذا النقص بالتعيب والمرض الحادثين . وأما النقص العيني ، وهو تلف البعض ، فان حصل بعد التصرف في المال بيعاً وشراءً ، فقطع الجمهور بأن الاحتراق وغيره من الآفات السماوية ، خسران يجبر بالربح . وفي التلف بالسرقة والغصب ، وجهان . والفرق أن في الضمان الواجب ما يجبره ، فلا حاجة إلى الجبر بمال القراض، وطرد جماعة الوجهين في الآفة السماوية ، والأصح في الجميع ، الجبر . أما إذا نقص قبل التصرف بيعاً وشراءً ، بأن دفع إليه ألفين قراضاً ، فتلف أحدهما قبل التصرف، فوجهان . أحدهما : أنه خسران ، فيجبر بالربح الحاصل بعدُ ، ويكون رأس المال ألفين . وأصحها : يتلف من رأس المال ، ويكون رأس المال ألفاً . ولو اشترى بالألفين عبدين ، فتلف أحدهما ، تلف من الربح على المذهب . وقيل : من رأس المال، لأنه لم يتصرف بعدُ بالبيع . هذا إذا تلف بعض المال . أما إذا تلف كله بآفة سماوية قبل التصرف أو بعده ، فيرتفع القراض ، وكذا لو أتلفه المالك كما سبق . فلو أتلف أجنبي جميعه أو بعضه ، أخذ منه بدله واستمر فيه القراض . وما ذكرناه من الخلاف في الجبر من الربح في صورة السرقة والغصب ، هو فيما إذا تعذر أخذ البدل من المتلف . ولو أتلف العامل المال، قال الامام : يرتفع القراض ،لأنه وإن وجب عليه بدله ، فلا يدخل في ملك المالك إلا بقبضه منه ، وحينئذٍ يحتاج إلى استئناف القراض . ولك أن تقول : ذكروا وجهين في أن مال القراض إذا غصب أو أتلف ، فمَن الخصم فيه؟أصحها : أنه المالك فقط إن لم يكن في المال ربح ، وهما جميعاً إن كان ربح . والثاني : أن للعامل المخاصمة مطلقاً حفظاً للمال ، فيشبه أن يكون الجواب المذكور في إتلاف الأجنبي مفرعاً على أن العامل خصم، ويتقدر أن يقال : ليس بخصم ، بل إذا خاصم المالك وأخذه ، عاد العامل إلى التصرف فيه بحكم القراض ، [و]لزم مثله فيما إذا كان العامل هو المتلف .

فرع

لو قتل رجل عبد القراض، وفي المال ربح ، لم ينفرد أحدهما بالقصاص ، بل الحق لهما ،فان تراضيا على العفو على مال، أو على القصاص ، جاز .وإن عفا أحدهما، سقط القصاص ووجبت القيمة ،هكذا ذكروه وهو ظاهر على قولنا : يملك العامل الربح بالظهور ، وغير ظاهر على القول الآخر . وإن لم يكن في المال ربح ، فللمالك القصاص والعفو على غير مال . وكذا لو كانت الجناية موجبة [للمال] ، فله العفو عنه ويرتفع القراض . فان أخذ المال ، أو صالح عن القصاص على مال ، بقي القراض فيه .

فرع

مال القراض ألف ،اشترى بعينه ثوباً،فتلف الألف قبل التسليم ، بطل الشراء وارتفع القراض . وإن اشترى في الذمة،قال في «البويطي» :يرتفع القراض ويكون الشراء للعامل ، فقال بعض الاصحاب : هذا إذا كان التلف قبل الشراء ، فان القراض ،والحالة هذه ، غير باقٍ عند الشراء،فينصرف الشراء إلى العامل.أما لو تلف بعد الشراء ، فالمشترى المالك. فاذا تلف الالف المعد للثمن ، لزمه ألف آخر.وقال ابن سريج :يقع الشراء عن العامل،سواء تلف الالف قبل الشراء أو بعده،وعليه الثمن ويرتفع القراض ، لان إذنه ينصرف إلى التصرف في ذلك الالف ، فان قلنا بالاول ، فرأس المال ألف ، أم ألفان ؟ وجهان . فان قلنا :ألف ، فهو الالف الاول ،أم الثاني؟ وجهان، فائدتها عند اختلاف الالفين في صفة الصحة وغيرها.

الباب الثالث

في فسخ القراض والاختلاف فيه

فيه طرفان .

الأول : في فسخه . والقراض جائز ، فانه في أوله وكالة ، وبعد ذلك شركة . إذا حصل ربح ، فلكل منهما فسخه متى شاء ، ولا يحتاج إلى حضور صاحبه ورضاه. وإذا مات أحدهما ، أو جن ، أو أغمي عليه ، انفسخ . فاذا فسخا جميعاً أو أحدهما، لم يكن للعامل أن يشتري بعده ، ثم ينظر إن كان المال ديناً ، لزم العامل التقاضي والاستيفاء ، سواء كان ربح ، أم لا . فان لم يكن ديناً ، نظر إن كان نقداً من جنس رأس المال ولا ربح ، أخذه المالك . وإن كان [1] ربح ، اقتسماه بحسب الشرط، فان كان الحاصل مكسَّرة ، ورأس المال صحاح ، نظر ، فان وجد من يبدلها بالصحاح وزناً بوزن ، أبدلها ، وإلا ،باعها بغير جنسها من النقد ثم اشترى به الصحاح، ويجوز أيضاً أن يبيعها بعرض ويشتري به الصحاح على الأصح . وإن كان نقداً من غير جنس المال ، أو عرضاً ، فله حالان .

أحدهما : أن يكون فيه ربح فيلزم العامل بيعه إن طلبه المالك ، وله بيعه وإن أباه المالك ، [وليس] للعامل تأخير البيع إلى موسم رواج المتاع ، لأن حق المالك معجل . ولو قال المالك : تركت حقي لك فلا تكلفني البيع ، لم يلزمه الاجابة على الأصح ، لأن في التنضيض مشقة ومؤنة ، فلا يسقط عن العامل . ولو قال المالك: لا تبع ونقتسم العروض بتقويم عدلين ، أو قال : أعطيك قدر نصيبك ناضّاً ، ففي تمكّن العامل من البيع ، وجهان . وقطع الشيخ أبوحامد وغيره بالمنع ، لأنه إذا جاز المعير أن يتملَّك غراس المستعير بقيمته لدفع الضرر ، فالمالك هنا أولى . وحيث لزم البيع ، قال الامام : الذي قطع به المحققون ، أن مايلزمه بيعه وتنضيضه،

---
(١) « كان » هنا تامة ، أي : وإن وجد ربح .

قدر رأس المال . أما الزائد ، فحكمه حكم عرض يشترك فيه رجلان ، فلا يكلف واحد منهما بيعه . ثم مايبيعه بطلب المالك أو دونه ، يبيعه بنقد البلد إن كان من جنس رأس المال . فان كان من غير جنسه ، باعه بما يرى المصلحة فيه من نقد البلد ورأس المال ، فان باعه بنقد البلد ، حصّل به رأس المال .

الحال الثاني : إذا لم يكن في المال ربح ، فهل المالك تكليفه البيع ؟وجهان أصحهما : نعم ، ليرد كما أخذ لئلا يلزم المالك مشقة ومؤنة . وهل للعامل البيع إذا رضي المالك بامساكه ؟ وجهان حكاهما الامام . أحدهما: لا ، إذ لافائدة ، والصحيح وبه قطع الجمهور : له البيع إذا توقع ربحاً ، بأن ظفر بسوق أو راغب . وإذا قلنا: ليس للعامل البيع إذا أراد المالك إمساك العرض ، أو اتفقا على أخذ المالك العرض، ثم ظهر ربح بارتفاع السوق ، فهل للعامل فيه نصيب ، لحصوله بكسبه ؟ أم لا ،لظهوره بعد الفسخ ؟ وجهان . أصحهما : الثاني .

فرع

كما يرتفع القراض بقول المالك : فسخته ، يرتفع بقوله للعامل: لا تتصرف بعد هذا ، أو باسترجاع المال منه . فلو باع المالك ما اشتراه العامل للقراض ، فهل ينعزل كما لو باع الموكل ماوكل في بيعه ؟ أم لا ويكون ذلك إعانة له ؟ وجهان. أصحهما : الثاني . ولو حبس العامل ومنعه التصرف ، أو قال : لا قراض بيننا ، ففي انعزاله وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون [الاصح]في صورة الحبس ،عدم الانعزال، وفي قوله: لاقراض بيننا ، الانعزال . والله أعلم

فرع

إذا مات المالك والمال ناض لا ربح فيه ، أخذه الوارث . فان كان ربح ، اقتسماه . وإن كان عرضاً ، فالمطالبة بالبيع والتنضيض كحالة حصول الفسخ في حياتهما ، وللعامل البيع هنا حيث كان له البيع هناك ،ولا يحتاج إلى إذن الوارث اكتفاءً باذن المورّث ، بخلاف ما لو مات العامل ، فانه لايملك وارثه البيع دون إذن المالك ، لانه لم يرض بتصرفه . وفي وجه : لايبيع العامل بغير إذن وارث المالك . والصحيح : الجواز. ويجري الخلاف في استيفائه الديون بغير إذن الوارث. ولو أراد الاستمرار على العقد ، فان كان المال ناضّاً ، فلهما ذلك بأن يستأنفا عقداً بشرطه ، ولا بأس بوقوعه قبل القسمة لجواز القراض على المشاع ، ولذلك يجوز القراض مع الشريك بشرط أن لايشاركه في اليد ، ويكون للعامل ربح نصيبه ، ويتضاربان في ربح نصيب الآخر . وهل ينعقد بلفظ الترك والتقرير، بأن يقول الوارث ، أو القائم بأمره:تركتك أو قررتك على ماكنت عليه؟ وجهان . أصحهما : نعم ،لفهم المعنى ، وليكن الوجهان تفريعاً على أن القراض ونحوه لاينعقد بالكناية . فأما إذا قلنا : ينعقد [به] ، فينبغي القطع بالانعقاد هنا ، وإن كان المال عرضاً ، ففي جواز تقريره على القراض وجهان . أصحهما : المنع ، لأن القراض الأول انقطع بالموت ، ولايجوز ابتداء القراض على عرض . والأشبه ، أن يختص الوجهان بلفظ الترك والتقرير ، ولا يسامح باستعمال الألفاظ التي تستعمل في الابتداء . وحكى الامام فيما إذا فسخ القراض في الحياة طريقة طاردة للوجهين ، وطريقة قاطعة بالمنع ، وهي الأشهر . فأما إذا مات العامل واحتيج إلى البيع والتنضيض ، فان أذن المالك لوارث العامل فيه ، فذاك ، وإلا ، تولاه أمين من جهة الحاكم ، ولا يجوز

تقرير وارثه على القراض إن كان المال عرضاً قطعاً ، فان كان ناضّاً ، فلهما ذلك بعقد مستأنف . وفي لفظ التقرير ، الوجهان السابقان ، ويجريان أيضاً فيما إذا انفسخ البيع الجاري بينهما ثم أرادا إعادته ، فقال البائع : قررتك على موجب البيع الأول، وقبل صاحبه ، وفي النكاح ، لا يصح مثله .

فرع

كان رأس مال الميت مائة ، والربح مائتين ، وجدد الوارث العقد مع العامل مناصفة كما كان بلا قسمة،فرأس مال الوارث مائتان من ثلاث المائة ، والمائة الباقية للعامل ، فعند المقاسمة ، يأخذها وقسطها من الربح ، ويأخذ الوارث رأس ماله مائتين ،ويقتسمان مابقي .

قلت : إذا جُنّا أو أغمي عليهما أو أحدهما ، ثم أفاقا وأرادا عقد القراض ثانياً ، قال في « البيان »:الذي يقتضيه المذهب ، أنه كما لو انفسخ بالموت ،وهو كما قال . والله أعلم

فصل

إذا استرد المالك طائفةً من المال ، فان كان قبل ظهور الربح والخسران ، رجع رأس المال إلى القدر الباقي .وإن ظهر ربح ، فالمسترد شائع ربحاً وخسراناً على النسبة الحاصلة من جملتي الربح ورأس المال ، ويستقر ملك العامل على ما يخصه بحسب الشرط مما هو ربح منه ، فلا يسقط بالخسران الواقع بعده . وإن كان الاسترداد بعد ظهور الخسران ، كان موزّعاً على المسترد والباقي ، فلا يلزم جبر

حصة المسترد من الخسران ، ويصير المال هو الباقي بعد المسترد وحصته من الخسران.

مثال الاسترداد بعد الربح : كان رأس المال مائة ، وربح عشرين ،واسترد عشرين، فالربح سدس المال ، فيكون المسترد سدسه ربحاً ، وهو ثلاثة دراهم وثلث ،ويستقر ملك العامل على نصفه إذا كان الشرط مناصفة ، وهو درهم وثلثا درهم . فلو عاد مافي يده إلى ثمانين ، لم يسقط نصيب العامل ، بل يأخذ منها درهماً وثلثي درهم .

ومثال الاسترداد بعد الخسران : كان رأس المال مائة ،وخسر عشرين ، واسترد عشرين ، فالخسران موزّع على المسترد والباقي ، فتكون حصة المسترد خمسة لايلزم جبرها ، بل يكون رأس المال خمسة وسبعين ، فما زاد بعد ذلك عليها قسم [بينهما] .

الطرف الثاني : في الاختلاف ، وفيه مسائل .

إحداها : ادعى العامل تلف المال ، صدّق بيمينه ، فلو ذكر سبب التلف ، فسيأتي بيانه في كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى .

الثانية : لو ادعى الرد ، صدّق بيمينه على الأصح .

الثالثة : قال : ما ربحتُ ، أو ماربحتُ إلا ألفاً ، فقال المالك : ألفين ، صُدّق العامل بيمينه . فلو قال : ربحت كذا ، ثم قال : غلطت في الحساب ، إنما الربح كذا ، أو تبينت أن لا ربح ، أو [قال] : كذبت فيما قلت خوفاً من انتزاع المال من يدي ، لم يقبل قوله . ولو قال : خسرت بعد الربح الذي أخبرت عنه ، قبل منه . قال المتولي : وذلك عند الاحتمال ، بأن حدث كساد ، فان لم يحتمل ، لم يقبل . ولو ادعى الخسارة عند الاحتمال ، أو التلف بعد قوله : كنت كاذباً فيما قلت، قُبل أيضاً ،ولا تبطل أمانته بذلك القول السابق،هكذا نص عليه ، وقاله الأصحاب .

الرابعة : قال : اشتريت هذا للقراض ، فقـال المالك : بل لنفسك ، فالقول قول العامل على المشهور ، وفي قول : قول المالك ، لأن الأصل عدم وقوعه عن القراض . ولو قال : اشتريته لنفسي ، فقال : بل للقراض ، صُدّق العامل بيمينه قطعاً . فلو أقام المالك بينة أنه اشتراه بمال القراض،ففي الحكم بها وجهان . وجه المنع : أنه قد يشتري لنفسه بمال القراض عدواناً ، فيبطل العقد .

الخامسة : قال المالك : كنت نهيتك عن شراء هذا ، فقـال : لم تنهني ، صدّق العامل .

السادسة : قال : شرطت لي نصف الربـح،فقال : بل ثلثه ،تحالفا كالمتبايعين، فاذا حلفا ، فسخ العقد ،واختص الربـح والخسران بالمالك،وللعامل أجرة مثل عمله. وفي وجه : أنها إن كانت أكثر من نصف الربـح ، فليس له إلا قدر النصف ، لأنه لايدّعي أكثر .

قلت : وإذا تحالفا ، فهل ينفسخ بنفس التحالف،أم بالفسخ ؟ حكمه حكم البيع كما مضى ، قاله في « البيـان » . والله أعلم

السابعة : اختلفا في قدر رأس المال ، فالقول قول العامل إن لم يكن في المال ربح ، وكذا إن كان على الأصح. وقيل : يتحالفان . ولو قارض رجلين على أن نصف الربـح له ،والباقي بينهما سواء ، فربحـا ، ثم قال المالك : دفعت إليـكما ألفين ،وصدّقه أحدهما ، وقال الآخر: بل ألفاً،لزم المقر ماأقرّ به ، وحلف الآخر وقضي له بموجب قوله . ولو كان الحاصل ألفين ، أخذ المنكر ربـع الألف الزائد على ما أقرّ به ، والباقي يأخـذه المالك . ولو كان الحاصل ثلاثة آلاف ، فالمنكر يزعم أن الربـح ألفان،له منها خمسمائة ،فتسلّم له،ويأخذ المالك من الباقي ألفين عن رأس المال، يبقى خمسمائة يتقاسمها المالك والمقر أثلاثاً ، لاتفاقهم على أن ما يأخذه

المالك مثلاً ما يأخذه كل عامل ، وما أخذه المنكر ، كالتالف . ولو قال المالك : رأس المال دنانير ، فقال العامل : بل دراهم ، صدّق العامل .

الثامنة : اختلفا في أصل القراض، فقال المالك:دفعت إليك لتشتري لي بالوكالة ، وقال القابض: بل قارضتني، فالمصدَّق المالك .فاذا حلف أخذ المال وربحه، ولا شيء عليه للآخر .

قلت : لو دفع إليه ألفاً ، فتلف في يده ، فقال : دفعتُه قرضاً ،فقال العامل: بل قراضاً ، قال في « العدة » و« البيان » : بينة العامل أولى في أحد الوجهين.

والله أعلم

فصــل

في مسائل منثورة

إحداها : ليس لعـامل القراض التصرف في الخمر بيعاً ولا شراءً وإن كان ذمياً ، فان خالف واشترى خمراً ، أو خنزيراً ، أو أم ولد ، ودفع المال في ثمنه، ضمن ، عالماً كان أو جاهلاً ، لأن الضمان لا يختلف بها . هذا هو الصحيح ، وبه قطع الجمهور . وقيل : لا ضمان في العلم والجهل ، وهو شاذ ضعيف . وقيل :يضمن في العلم دون الجهل . وقيل : يضمن في الخمر مطلقاً ، ولا يضمن في أم الولد مع الجهل .

قلت : الوجه المذكور في شراء الخمر عالماً ، أنه لا يضمنه ، هو في الذمي دون المسلم ، لأنه يعتقده مالاً ، قاله في « البيان » . والله أعلم

الثانية : قارضه على أن ينقل المال إلى موضع كذا ، ويشتري من أمتعته ثم

يبيعها هناك ، أو يردها إلى موضع القراض ، قال الامام : قال الأكثرون بفساد القراض ، لأن نقل المتاع من بلد إلى بلد ، [عمل] زائد على التجارة ، فأشبه شرط الطحن والخبز ، ويخالف ما إذا أذن له في السفر ، فان الغرض منه نفي الحرج. وقال الاستاذ أبو إسحاق وطائفة من المحققين : لا يضر شرط المسافرة ، فانها الركن الأعظم في الأموال النفيسة .

الثالثة : قال : خذ هذه الدراهم قراضاً ، وصارف بها مع الصيارفة ، ففي صحة مصارفته مع غيرهم وجهان . وجه الصحة : أن مقصوده التصرف مصارفة .

الرابعة : خلط العامل مال القراض بماله ، صار ضامناً ، وكذا لو قارضه رجلان ، فخلط مال أحدهما بالآخر ، وكذا لو قارضه واحد على مالين بعقدين ، فخلطهما ، ضمن . فلو دفع إليه ألفاً قراضاً ، ثم ألفاً ، وقال : ضمه إلى الأول ، فان لم يكن تصرف بعدُ في الأول ، جاز ، وكأنه دفعهما إليه معاً ، وإن كان تصرف في الأول ، لم يجز القراض في الثاني ، ولا الخلط ، لأن الأول استقر حكمه بالتصرف ربحاً وخسراناً ، وربحُ كل مال وخسرانه يختص به . ولو دفع إليه ألفاً قراضاً ، وقال : ضم إليه ألفاً من عندك على أن يكون ثلث ربحها لك وثلثاه لي ، أو بالعكس ، فسد القراض ، لما فيه من شرط التفاوت في الربح مع التساوي في المال ، ولا نظر إلى العمل بعد الشركة في المال . ولو دفع إليه زيد ألفاً قراضاً ، وعمرو كذلك ، فاشترى لكل واحد عبداً بألف ، ثم اشتبها عليه ، فقولان . أحدهما : ينقلب شراء العبدين له ، ويغرم لهما ، لتفريطه . ثم المغروم عند الأكثرين الألفان . وقيل : يغرم قيمة العبدين وإن زادت . والقول الثاني : يباع العبدان ، ويقسم الثمن بينهما . فان حصل ربح ، فهو بينهم على حسب الشرط . وإن حصل خسران ، قال الأصحاب : يلزمه ضمانه ، لتقصيره . واستدرك المتأخرون فقالوا : إن كان لانخفاض السوق ، لا يضمن ، لأن غايته أن يجعل كالغاصب ، والغاصب لا يضمن انخفاض السوق.

قال الامام : والقياس مذهب ثالث غير القولين ، وهو أن يبقى العبدان لهما على الاشكال إن لم يصطلحا .

قلت : قال الجرجاني في « المعاياة » : [و] لا يتصور خسران على العامل في غير هذه المسألة .

وبقي من الباب مسائل .

منها : لو دفع إليه مالاً وقال : إذا مت فتصرف فيه بالبيع والشراء ، ولك نصف الربح ، فمات ، لم يكن له التصرف ، بخلاف ما لو أوصى له بمنفعة عين ، لأنه تعليق ، ولأن القراض يبطل بالموت لو صح . ولو قارضه على نقد ، فتصرف العامل ثم أبطل السلطان النقد ، ثم انفسخ القراض ، قال صاحب « العدة » و « البيان » : رد مثل النقد المعقود عليه على الصحيح . وقيل : من الحادث . ولو مات العامل ولم يعرف مال القراض من غيره ، فهو كمن مات وعنده وديعة ولم يعرف عينها ، وسيأتي بيانه في كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى .

ولو جنى عبد القراض ، قال في « العدة » : للعامل أن يفديه من مال القراض على أحد الوجهين كالنفقة عليه . والله أعلم

★ ★ ★

كتاب المساقاة

هي أن يعامل إنسان [إنساناً] على شجرة ليتعهّدها بالسقي والتربية ، على أن ما رزق الله تعالى من الثمرة يكون بينهما ، وفيه بابان .

[الباب] الأول : في أركانها ، وهي خمسة .

[الركن] الأول : العاقدان ، وسبق بيانهما في القراض .

و[الركن] الثاني : متعلّق العمل ، وهو الشجر ، وله ثلاثة شروط .

[الشرط] الأول : أن يكون نخلاً أو عنباً ، فأما غيرهما من النبات ، فقسمان .

[القسم الاول] : ماله ساق ، ومالا . والأول ضربان .

[الضرب] الأول : ماله ثمرة كالتين ، والجوز ، والمشمش ، والتفاح ونحوها ، وفيها قولان . القديم : جواز المساقاة عليها . والجديد : المنع . وعلى الجديد ، في شجر المُقْل وجهان ، جوّزها ابن سريج ، ومنعها غيره .

قلت : الاصح : المنع . والله أعلم

الضرب الثاني : مالاثمرة له ، كالدُّلب والخِلاَف وغيره ، فلا تجوز المساقاة عليه . وقيل : في الخلاف وجهان لاغصانه .

القسم الثاني : مالاساق له ، كالبطيخ ، والقثاء ، وقصب السكر ، والباذنجان ، والبقول التي لاتثبت في الارض ولا تجزُّ إلا مرة واحدة ، فلا تجوز المساقاة عليها ، كما لاتجوز على الزرع . فان كانت تثبت في الارض وتجزُّ مرة بعد مرة ، فالمذهب المنع . وقيل : وجهان . أصحها : المنع .

الشرط الثاني : أن تكون الاشجار مرئية، وإلا ، فباطل على المذهب. وقيل: قولان ، كبيع الغائب .

الشرط الثالث : أن تكون معينة . فلو ساقاه على أحد الحائطين ، لم يصح .

الركن الثالث : الثمار . فيشترط اختصاصها بالعاقدين مشتركة بينهما معلومة ، وأن يكون العلم بها من حيث الجزئية دون التقدير . فلو شرطا بعض الثمار لثالث، أو كلّها لأحدهما ، فسدت المساقاة . وفي استحقاق الاجرة عند شرط الكل للمالك وجهان كالقراض . أصحها : المنع ،لانه عمل مجاناً . ولو قال : ساقيتك على أن لك جزءاً من الثمرة ، فسدت . ولو قال : على أنها بيننا ، أو على أن نصفها لي، أو نصفها لك، وسكت عن الباقي ، أو على [أن] ثمرة هذه النخلة أو النخلات لي، أو لك ،والباقي بيننا،أو على أن صاعاً من الثمرة لي ، أو لك،والباقي بيننا ،فحكمه كلّه كما سبق في القراض . وفي « التتمة »وجه شاذ : أنه تصح المساقاة إذا شرط كل الثمرة للعامل ، لغرض القيام بمصلحة الشجر .

فصل

إذا ساقاه على وَدِيّ (١) ليغرسه ويكون الشجر بينهما ، أو ليغرسه ويتعهده مدة كذا ، والثمرة بينهما ، فهو فاسد على الصحيح . وقيل : يصح فيهما ، للحاجة . وقيل: يصح في الثاني . فعلى الصحيح : إذا عمل في هذا الفاسد ، استحق أجرة المثل إن كانت الثمرة متوقّعة في هذه المدة ، وإلا ، فعلى الوجهين في شرط الكل للمالك . ولو ساقاه على ودي مغروس ، فان قدّرا العقد بمدة لا يثمر فيها ، لم تصح المساقاة، لخلوّها عن الغرض . وفي استحقاقه أجرة المثل ، الخلاف السابق . قال الامام : هذا إذا كان عالماً بأنها لا تثمر فيها ، فان جهل ذلك ، استحق الاجرة قطعاً . وإن قدر

---

(١) الودي : صغار الفسيل ، واحدته : ودية .

بمدة يثمر فيها غالباً ، صح ، ولا يضرّ كون أكثر المدة لا ثمر فيها ، فان اتفق أنها لم تثمر ، لم يستحق العامل شيئاً ، كما لو قارضه فلم يربح ، أو ساقاه على النخيل المثمرة فلم تثمر ، وإن قدر بمدة تحتمل الاثمار وعدمه ، لم يصح على الأصح ، كما لو أسلم في معدوم إلى وقت يحتمل وجوده وعدمه . والثاني : يصح . فان أثمرت ، استحق ، وإلا ، فلا شيء له . وعلى الأول : يستحق الأجرة إن لم تثمر ، لأنه عمل طامعاً . هذه طريقة جمهور الأصحاب ، وجعلوا توقع الثمرة ثلاثة أقسام كما ذكرنا . وقيل : إن غلب وجودها في تلك المدة ، صح ، وإلا ، فوجهان . وقيل : إن غلب عدمها ، لم يصح ، وإلا ، فوجهان .

فرع

دفع إليه ودِيّاً ليغرسه في أرض نفسه ، على أن يكون الغراس للدافع ، والثمر بينهما ، فهو فاسد ، وللعامل عليه أجرة مثل عمله وأرضه . ولو دفع إليه أرضه ليغرسها بوديّ نفسه ، على أن تكون الثمرة بينهما ، ففاسد أيضاً ، ولصاحب الأرض أجرتها على العامل .

فصل

في جواز المساقاة بعد خروج الثمار ، قولان . أظهرهما : الجواز . وفي موضع القولين طرق . أصحها : أنهما فيما قبل بدوّ الصلاح ، فأما بعده ، فلا يجوز قطعاً . والثاني : القولان فيما لم يتناه نضجه . فان تناهى ، لم يجز قطعاً . والثالث : طردهما في كل الأحوال . ولو كان بين النخيل بياض ، بحيث تجوز المزارعة عليه تبعاً للمساقاة ،

فكان فيه زرع موجود ، ففي جواز المزارعة تبعاً ، وجهان بناءً على هذين القولين.

فصل

إذا كان في الحديقة نوعان من التمر فصاعداً ، كالصيحاني ،والعجوة ، والدَّقل ، فساقاه على أن له النصف من الصيحاني ، أو من العجوة الثلث ، فان علما قدر كل نوع ، جاز ، وإن جهله أحدهما ، لم يجز . ومعرفة كل نوع إنما تكون بالنظر والتخمين دون التحقيق . وإن ساقاه على النصف من الكل ، جاز وإن جهلا قدر النوعين . ولو ساقاه على أنه إن سقى بماء السماء ، فله الثلث ، أو بالدالية ، فالنصف ، لم يصح ، للجهل . ولو ساقاه على حديقته بالنصف على أن يساقيه على أخرى بالثلث ، أو على أن يساقيه العامل على حديقته ، ففاسد . وهل تصح المساقاة الثانية ؟ ينظر ، إن عقدها وفاءً بالشرط الأول ، لم يصح ، وإلا ، فيصح ، وسبق نظيره في الرهن .

فرع

حديقة بين اثنين مناصفة ، ساقى أحدهما صاحبه وشرط له ثلثي الثمار ، صح وقد شرط له ثلث ثمرته . وإن شرط له ثلث الثمار ، أو نصفها ، لم يصح ، لأنه لم يثبت له عوضاً بالمساقاة ، فانه يستحق النصف بالملك . وإذا عمل ، ففي استحقاقه الاجرة الوجهان . ولو شرط له جميع الثمار ، فسد ، وفي الأجرة وجهان ، لأنه لم يعمل له إلا أنه انصرف إليه .

قلت : أصحها : له الأجرة . والله أعلم

ولو شرط في المساقاة مع الشريك أن يتعاونا على العمل ، فسدت وإن أثبت له زيادة على النصف ،كما لو ساقى أجنبياً على هذا الشرط . ثم إن تعاونا واستويا في العمل ، فلا أجرة لواحد منهما . وإن تفاوتا ، فان كان عمل من شرط له الزيادة أكثر ، استحق على الأجرة بالحصة من عمله .وإن كان عمل الآخر أكثر ، ففي استحقاقه الأجرة الوجهان. أما لو أعانه من غير شرط ، فلا يضر . ولو ساق الشريكان أجنبياً،وشرطا له جزءاً من ثمرة كل الحديقة ، ولم يعلم نصيب كل واحد منهما ، جاز . فان قالا: على أن لك من نصيب أحدنا النصف، ومن نصيب الآخر الثلث،من غير تعيين ، لم يصح ، وإن عينا ، فان علم نصيب كل واحد ، صح ، وإلا ، فلا .

فرع

كانت الحديقة لواحـد ، فساق اثنين على أن لأحدهما نصف الثمرة ، وللآخر ثلثها ،في صفقة ، أو صفقتين ، جاز إن عيّن مَنْ له النصف ومن له الثلث .

فرع

حديقة بين ستة أسداساً ، فساقَوا رجلاً على أن له من نصيب واحـد عيَّنوه النصف ، ومن نصيب الثـاني الربع ، ومن الثالث الثمن ، ومن الرابـع الثلثين ، ومن الخامس الثلث ، ومن السادس السدس ، فحسابه أن مخرج النصف والربع يدخـلان في مخرج الثُمُن ، ومخرج الثُلُثين والثلث يدخل في السدس، تبقى ستة وثمانية ،يُضرب وفق (١) أحدهما في الآخر ،تبلغ أربعة وعشرين ، تضربـه في عدد

(١) الوفق : حاصل قسمة العدد على أصغر عدد يقبل القسمة عليه ، وهو هنا اثنان .

الشركاء وهو ستة ،تبلغ مائة وأربعة وأربعين ، لكل واحد منهم أربعة وعشرون ، فيأخذ العامل ممن شُرط له النصف اثني عشر ، ومن الثاني ستة ، ومن الثالث ثلاثة ، ومن الرابع ستة عشر ، ومن الخامس ثمانية ، ومن السادس أربعة ، فيجتمع له تسعة وأربعون .

الركن الرابع : العمل ، [وشروطه] قريبة من عمل القراض وإن اختلفا في الجنس .

فمنها : أن لايُشرط عليه عمل ليس من أعمال المساقاة .

ومنها : أن يستبدّ العامل باليد في الحديقة ليتمكن من العمل متى شاء .

فلو شرطا كونه في يد المالك ، أو مشاركته في اليد ، لم يصح . ولو سلّم المفتاح إليه ، وشرط المالك الدخول عليه ، جاز على الصحيح . ووجه الثاني :أنه إذا دخل ، كانت الحديقة في يده ، ويتعوّق بحضوره عن العمل .

ومنها : أن ينفرد العامل بالعمل .

فلو شرطا مشاركة المالك في العمل فسد العقد ، وإن شرطا أن يعمل معه غلام المالك ، جاز على المذهب والمنصوص . وقيل : وجهان كالقراض . هذا إذا شرطا معاونة الغلام ، ويكون تحت تدبير العامل . فلو شرطا اشتراكهما في التدبير ، ويعملان ما اتفقا عليه ، لم يجز بلا خلاف . وإذا جوزناه في الأول ، فلا بد من معرفة الغلام بالرؤية أو الوصف. وأما نفقته ، فان شرطاها على المالك ، جاز ، وإن شرطاها على العامل ، جاز أيضاً على الأصح . وعلى هذا ، هل يجب تقديرها ليعرف ما يدفع إليه كل يوم من الخبز والأُدْم ، أم لا بل يحمل على الوسط المعتاد لأنه يتسامح به ؟ وجهان ، وبالثاني قطع الشيخ أبو حامد . وإن شرطاها في الثمار ، فقطع البغوي بالمنع ، لأن ما يبقى مجهول . وقال صاحب « الافصاح » : يجوز ،لانه قد يكون من صلاح المال ، ويشبه أن يتوسط فيقال : إن شرطاها من جزء معلوم ، بأن شرطا للمالك ثلث الثمار ، وللعامل ثلثها ، ويصرف الثلث الثالث إلى نفقة الغلام ، جاز،وكأن المشروط للمالك ثلثاها . وإن شرطاها في الثمار بغير تقدير جزء ، لم يصح . ولو لم يتعرضا للنفقة أصلاً ، فالمذهب والذي قطع به

الجمهور : أنها على المالك . وفي وجه : على العامل ، حكاه في « المهذب ». ولصاحب « الافصاح » احتمالان آخران . أحدهما : أنها من الثمرة ، والآخر ، يفسد العقد ، ولا يجوز للعامل استعمال الغلام في عمل نفسه . ولو شرط أن يعمل له ، بطل العقد . ولو كان له برسم الحديقة غلمان يعملون فيها ، لم يدخلوا في مطلق المساقاة. ولو شرط استئجار العامل من يعمل معه من الثمرة ، بطل العقد. ولو شرط كون أجرة من يعمل معه على المالك ، بطل على المذهب ، وبه قطع الأصحاب ، وشذ الغزالي ، فذكر في جوازه وجهين.

فصل

يشترط لصحة المساقاة ، أن تكون مؤقتة . فان وقّت بالشهور أو السنين العربية ، فذاك ، ولو وقت بالرومية وغيرها ، جاز إذا علماها ، فان أطلقا لفظ السنة ، انصرف إلى العربية . وإن وقت بادراك الثمرة ، فهل يبطل كالاجارة ، أم يصح لأنه المقصود ؟ وجهان . أصحها عند الجمهور : أولها ، وبه قطع البغوي ،وصحح الغزالي الثاني. فعلى الثاني لو قال : ساقيتك سنة ، وأطلق ، فهل يحمل على السنة العربية ، أم سنة الادراك ؟ وجهان ، زعم أبو الفرج السرخسي [أن] أصحها : الثاني. فان قلنا بالأول ، أو وقت بالزمان ،فأدركت الثمار والمدة باقية ، لزم العامل أن يعمل في تلك البقية ، ولا أجرة له . وإن انقضت المدة وعلى الشجر طلع أو بلح ، فللعامل نصيبه منها ، وعلى المالك التعهد إلى الادراك . وإن حدث الطلع بعد المدة ، فلا حق للعامل فيه . ولو ساقاه أكثر من سنة ، ففي صحته الأقوال التي سنذكرها إن شاء الله تعالى في الاجارة أكثر من سنة ، فان جوزنا ، فهل يجب بيان حصة كل سنة ، أم يكفي قوله : ساقيتك على النصف لاستحقاق النصف كل سنة ؟

قولان ، أو وجهان كالاجارة . وقيل : يجب هنا قطعاً ، لكثرة الاختلاف في الثمر ،بخلاف المنافع ، فلو فاوت بين الجزء المشروط في السنين ، لم يصح على المذهب . وقيل : قولان كالسلم إلى آجال . ولو ساقاه سنين ، وشرط له ثمرة سنة بعينها ، والأشجار بحيث تثمر كل سنة ، لم يصح .

قلت : ولو ساقاه تسع سنين ، وشرط له ثمرة العاشرة ، لم يصح قطعاً ، وكذا إن شرط له ثمرة التاسعة على الصحيح . والله أعلم

الركن الخامس : الصيغة ، ولا تصح المساقاة بدونها على الصحيح . وفيها الوجه المكتفى في العقود بالتراضي ، والمعاطاة ، وكذا في القراض وغيره .

ثم أشهر الصيغ : ساقيتك على هذه النخيل بكذا ، أو عقدت معك عقد المساقاة .

قال الأصحاب: وينعقد بكل لفظ يؤدي معناها،كقوله :سلَّمت إليك نخيلي لتتعهدَّها على كذا ، أو اعمل على هذا النخيل ، أو تعهد نخيلي بكذا ،وهذا الذي قالوه ، يجوز أن يكون تفريعاً على أن مثله من العقود ينعقد بالكناية ، ويجوز أن يكون ذهاباً إلى أن هذه الألفاظ صريحة ، ويعتبر في المساقاة ، القبول قطعاً ، ولا يجيء فيها الوجه المذكور في القراض والوكالة ، للزومها .

فرع

لو عقدا بلفظ الاجارة ، فقال : استأجرتك لتتعهد نخيلي بكذا من ثمارها ، أو عقدا الاجارة بلفظ المساقاة ،فوجهان في المسألتين . أحدهما :الصحة،لما بين البابين من المشابهة ، واحتمال كل لفظ معنى الآخر . وأصحهما : المنع ،لأن لفظ الاجارة صريح في غير المساقاة ،فان أمكن تنفيذه في موضوعه ، نفذ فيه،وإلا ،فلا ، وهو

إجارة فاسدة، والخلاف راجع إلى أن الاعتبار باللفظ أو المعنى ؟ ولو قال : ساقيتك على هذه النخيل بكذا ليكون أجرة لك،فلا بأس، لسبق لفظ المساقاة . هذا إذا قصدا بلفظ الاجارة المساقاة ، أما إذا قصدا الاجارة نفسها ، فينظر ، إن لم تكن خرجت الثمرة ، لم يجز ، لأن شرط الأجرة أن تكون في الذمة ،أو موجودة معلومة . وإن كانت خرجت ، وبدا فيها الصلاح ، جاز ، سواء شرط ثمرة نخلة معينة،أو جزءاً شائعاً،كذا أطلقوه ، ولكن يجيء فيه ما سنذكره إن شاء الله تعالى في مسألة قفيز الطحان وأخواتها . وإن لم يبد فيها الصلاح ، فان شرط له ثمرة نخلة بعينها ، جاز بشرط القطع ، وكذا لو شرط كل الثمار للعامل . وإن شرط جزءاً شائعاً ، لم يجز وإن شرط القطع ، لما سبق في البيع . وإذا عقدا بلفظ المساقاة، فالصحيح : أنه لايحتاج إلى تفصيل الأعمال ، بل يحمل في كل ناحية على عرفها الغالب . وقيل : يجب تفصيلها . وهذا الخلاف إذا علم المتعاقدان العرف المحمول عليه . فان جهله أحدهما ، وجب التفصيل قطعاً.

الباب الثاني
في أحكام المساقاة

ويجمعها حكمان . أحدهما : ما يلزم العامل والمالك . والثاني : في لزومها .

أما الأول : فكل عمل تحتاج إليه الثمار لزيادتها ،أو صلاح،ويتكرر كل سنة ، فهو على العامل .وإنما اعتبرنا التكرار، لأن ما يتكرر يبقى أثره بعد فراغ المساقاة، وتكليف العامل مثل هذا ، إجحاف به . فما يجب عليه السقي ،ومايتبعه من إصلاح طريق الماء والاجاجين [١] التي يقف فيها الماء ، وتنقية الآبار والأنهار من الحمأة ونحوها،وإدارة الدولاب وفتح رأس الساقية،وسدها عند السقي ،على ما يقتضيه الحال.

(١) الاجاجين : ما يحوط على الأشجار شبه الأحواض .

وفي تنقية النهر وجه ضعيف : أنها على المالك . ووجه : أنهـا على من شرطت عليه منها . فان لم يذكراها ، فسد العقد.

ومنه : تقليب الأرض بالمساحي وكرابها في المزارعة . قال المتولي : وكذا تقويتها بالزبل ، وذلك بحسب العادة .

ومنه : التلقيـح ، ثم الطلع الذي يلقـح به على المالك ، لأنه عين مال ، وإنما يكلف العامل العمل .

ومنها : تنحية الحشيش المضرّ ، والقضبان المضرّة بالشجر .

ومنه : تصريف الجريد . ـ والجريد: سعف النخل ـ . وحاصل ماقالوه في تفسيره شيئان . أحدهما : قطع مايضر تركه يابساً وغير يابس . والثاني : ردها عن وجوه العناقيد وتسوية العناقيد بينها لتصيبها الشمس ، وليتيسر قطعها عند الادراك .

ومنه : تعريش شجر العنب حيث جرت العادة به . قال المتولي : ووضع الحشيش فوق العناقيد صوناً لها عن الشمس عند الحاجة . وفي حفظ الثمار ، وجهان . أحدهما : على العامل كحفظ مال القراض . فان لم يحفظ بنفسه ، فعليه مؤنة من يحفظه . والثاني : على العامل والمالك جميعاً بحسب اشتراكهما في الثمار ، لان الذي يجب على العامل مايتعلق بزيادة الثمر وتنميته ، ويجري الوجهان في حفظ الثمر عن الطيور والزنابير ، بأن يجعل كل عنقود في قَوْصَرَّة ، فيلزم ذلك على العامل على الاصح [1] عند جريان العادة [به] وهذه القوصرة على المالك ، ويلزم العامل جداد الثمرة على الصحيح، وبه قطع الأكثرون ، لأنه من الصلاح . وقيل : لا ، لأنه بعد الفراغ . ويلزمه تجفيف الثمار على الصحيح إذا طردت العادة ، أو شرطاه . وإذا وجب التجفيف،وجب تهيئة موضعه وتسويته ، ويسمى :البيدر والجرين ، ونقل الثمار إليه ، وتقليبها في الشمس .

وأما مالايتكرر كل سنة ويقصد به حفظ الأصول ، فهو من وظيفة المالك ، وذلك كحفر الآبار والأنهار الجديدة ، والتي انهارت ، وبناء الحيطان ، ونصب

(١) في نسخ الظاهرية : فيلزم العامل ذلك على الأصح .

الأبواب والدولاب ونحوها . وفي ردم الثلم اليسيرة التي تتفق في الجدران ، ووضع الشوك على رأس الجدار ، وجهان كتنقية الأنهار . والأصح : اتباع العرف . وأما الآلات التي يتوفر بها العمل ، كالفأس ، والمعول ، والمنجل ، والمسحاة ، والثيران ، والفدان في المزرعة ، والثور الذي يدير الدولاب ، فالصحيح : أنها على المالك . وقيل : هي على من شرطت عليه ، ولا يجوز السكوت عنها ، وبه قال أبو إسحاق ، وأبو الفرج السرخسي . وخراج الأرض الخراجية على المالك قطعاً ، وكذا كل عين تتلف في العمل ، فعلى المالك قطعاً . ثم كل ما وجب على العامل ، فله استئجار المالك عليه ، ويجيء فيه وجه . ولو شرطه على المالك في العقد ، بطل العقد ، وكذا ما على المالك لو شرطه على العامل ، بطل العقد ، ولو فعله العامل بلا إذن ، لم يستحق شيئاً ، وإن فعله باذن المالك ، استحق الاجرة . وجميع ما ذكرناه تفريع على الصحيح ، في أن تفصيل الأعمال لا يجب في العقد . فان أوجبناه ، فالمتبع الشرط ، إلا أنه لا يجوز أن يكون الشرط مغيّراً مقتضى العقد .

الحكم الثاني : المساقاة عقد لازم كالاجارة ، ويملك العامل حصته من الثمرة بالظهور على المذهب . وقيل : قولان كالقراض . والفرق على المذهب : أن الربح في القراض وقاية لرأس المال ، بخلاف الثمر .

فصل

إذا هرب العامل قبل تمام العمل ، نظر ، إن تبرع المالك بالعمل ، أو بمؤنة من يعمل ، بقي استحقاق العامل بحاله ، وإلا ، رفع الأمر إلى الحاكم ، وأثبت عنده المساقاة ليطلبه الحاكم ، فان وجده ، أجبره على العمل ، وإلا ، استأجر عليه من يعمل . ومن أين يستأجر ؟ ينظر ، إن كان للعامل مال ، فمنه ، وإلا ، فان كان بعد بدو الصلاح ،

باع نصيب العامل كله أو بعضه بحسب الحاجة للمالك أو غيره ، واستأجر بثمنه . وإن كان قبل بدوّ الصلاح ، إما قبل خروج الثمرة، أو بعده ، استقرض عليه من المالك أو غيره ، أو من بيت المال ،واستأجر به،ثم يقضيه العامل إذا رجع ، أو يقضى من نصيبه من الثمرة بعد بدوّ الصلاح ، أو الادراك . ولو وجد من يستأجره بأجرة مؤجلة ، استغنى عن الاقتراض . وإن فعل المالك بنفسه ،أو أنفق عليه ليرجع ،ينظر ، إن قدر على مراجعة الحاكم ، أو لم يقدر وقدر على الاشهاد فلم يفعل ، لم يرجع . وإن لم يمكنه الاشهاد ، ففي رجوعه وجهان . أصحها عند الجمهور : لا يرجع ، لأنه عذر نادر . وحكي وجه : أنه يرجع وإن تمكن من الاشهاد ،وهو شاذ . وإن أشهد ، رجع على الاصح،للضرورة . وقيل :لا ، لئلا يصير حاكماً لنفسه.ثم الاشهاد المعتبر ، أن يشهد على العمل أو الاستئجار ، وأنه بذل ذلك بشرط الرجوع . فأما الاشهاد على العمل أو الاستئجار من غير تعرض الرجوع ، فهو كترك الاشهاد ، قاله في « الشامل ». وإذا أنفق المالك باذن الحاكم ليرجع ، فوجهان . وجه المنع : أنه متهم في حق نفسه . فطريقه: أن يسلّم المال إلى الحاكم ليأمر غيره بالانفاق . ولو استأجره لباقي العمل ، فوجهان بناءً على مالو أجر داره ثم استأجرها من المستأجر . ومتى تعذر إتمام العمل بالاستقراض وغيره ، فان لم تكن الثمرة خرجت ، فللمالك فسخ العقد على الصحيح ،للتعذر والضرورة . وقال ابن أبي هريرة : لايفسخ ،لكن يطلب الحاكم من يساقي عن العامل ، فربما فضل له شيء . وإن كانت الثمرة قد خرجت، فهي مشتركة بينهما . فان بدا صلاحها، بيع نصيب العامل كله أو بعضه بقدر ما يُستأجر به عامل . وإن لم يبد ،تعذر [بيع] نصيبه وحده ، لان شرط القطع في المشاع لا يكفي. فاما أن يبيع المالك نصيبه معه ليشرط القطع في الجميع ،وإما أن يشتري المالك نصيبه ،فيصح على الأصح

في أن بيع الثمار قبل بدو الصلاح لصاحب الشجرة يكفي عن اشتراط القطع .
فان لم يرغب في بيع ولا شراء ، وقف الأمر حتى يصطلحا . وهذا كله تفريع
على أنه لايثبت الفسخ بعد خروج الثمرة ،وهو الصحيح . وقال في « المهذب » :
يفسخ ،وتكون الثمرة بينهما ، ولا يكاد يفرض للفسخ بعد خروج الثمرة فائدة .

ويتفرع على ثبوت الفسخ قبل خروج الثمرة فرعان .

أحدهما : إذا فسخ ، غرم المالك للعامل أجرة مثل ما عمل،ولا يقال بتوزيع
الثمار على أجرة مثل جميع العمل، إذ الثمار ليست موجودة عند العقد حتى يقتضي
العقد التوزيع فيها .

الثاني : جاء أجنبي وقال : لاتفسخ لأعمل نيابة عن العامل ،لم يلزم الاجابة،
لانه قد لايأتمنه ولايرضى بدخوله ملكه . لكن لو عمل نيابة بغير علم المالك ،
وحصلت الثمار ، سلم للعامل نصيبه منها ،وكان الاجنبي متبرعاً[عليه]، هكذا قالوه.
ولو قيل : وجود المتبرع كوجود مقرض حتى لايجوز الفسخ ، لكان قريباً .
والعجز عن العمل بمرض ونحوه كالهرب .

فصل (١)

ولو مات مالك الشجر في أثناء المدة ، لم تنفسخ المساقاة ، بل يستمر
العامل ويأخذ نصيبه . وإن مات العامل ، فان كانت المساقاة على عينه ، انفسخت
بموته كالاجير [المعيَّن] . وإن كانت على الذمة ، فوجهان . أحدهما : تنفسخ، لانه
لايرضى بيد غيره . والثاني وهو الصحيح وعليه التفريع : لاتنفسخ كالاجارة ،
بل ينظر إن خلّف تركة،تمم وارثه العمل، بأن يستأجر من يعمل ، وإلا ، فان
أتم العمل بنفسه ، أو استأجر من ماله من يتم ، فعلى المالك تمكينه إن كان أميناً
مهتدياً إلى أعمال المساقاة،ويسلم له المشروط . وإن أبى ، لم يجبر عليه على الصحيح.
وقيل : يجبر ،لانه خليفته، وهو شاذ ، لان منافعه لنفسه ، وإنما يجبر على أداء
ما على المورث من تركته . لكن لو خلف تركة ، وامتنع الوارث من الاستئجار منها ،

(١) كلمة « فصل » هنا زيادة من مخطوطات الظاهرية ، وليست في الأصل .

استأجر الحاكم . وإن لم يخلف تركة ، لم يستقرض على الميت ، بخلاف الحي إذا هرب. ومهما لم يتم العمل ، فالقول في ثبوت الفسخ وفي الشركة وفصل الأمر إذا خرجت الثمار ، كما ذكرناه في الهرب . وهذا الذي ذكرناه من أن المساقاة تكون على العين وفي الذمة ، هو تفريع على جوازها على العين ، وهو المذهب المقطوع به ، وتردد فيها بعضهم ، لما فيها من التضييق .

فرع

نقل المتولي : أنه إذا لم تثمر الأشجار أصلاً ، أو تلفت الثمار كلها بجائحة ، أو غصب ، فعلى العامل إتمام العمل وإن تضرَّر به . كما أن عامل القراض يكلَّف التنضيض وإن ظهر خسران ولم ينل إلا التعب . وهذا أصح مما ذكره البغوي :أنه إذا تلفت الثمار كلها بالجائحة ، ينفسخ العقد ، إلا أن يريد : بعد تمام العمل وتكامل الثمار. قال : وإن هلك بعضها ، فللعامل الخيار ، بين أن يفسخ العقد ولا شيء له ، وبين أن يجيز ويتم العمل ويأخذ نصيبه .

فصل

دعوى المالك على العامل السرقة والخيانة في الثمر أو السعف ، لا تقبل حتى يبيّن قدر ما خان فيه ويحرّر الدعوى . فاذا حررها ، وأنكر العامل ، فالقول قول العامل مع يمينه . فان ثبتت خيانته ببينة ، أو باقراره ، أو بيمين المالك بعد نكوله، فقيل : قولان . أحدهما : يُستأجر عليه من يعمل عنه . والثاني : يُضم إليه أمين يشرف عليه . وقال الجمهور : هي على حالين : إن أمكن حفظه بضم مشرف ،قنع به، وإلا ، أزيلت يده بالكلية ،واستؤجر عليه من يعمل . ثم إذا استؤجر عليه ، فالأجرة

في ماله . وأما أجرة المشرف ، فعليه أيضاً على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقال المتولي : تبنى على مؤنة الحفظ ، إن جعلناها على العامل ، فكذا أجرة المشرف ، وإن جعلناها عليها ، فكذا هنا . وقال في « الوسيط » : أجرة المشرف على العامل إن ثبتت خيانته بالبينة ، أو باقراره ، وإلا ، فعلى المالك . وهذا الذي ذكره مشكل، وينبغي إذا لم تثبت خيانته أن لا يتمكن المالك من ضم مشرف إليه ، لما فيه من إبطال استقلاله باليد .

فصل

إذا خرجت الأشجار المساقى عليها مستحقة ، أخذها المالك مع الثمار إن كانت باقية . وإن جففها ونقصت قيمتها بالتجفيف ، استحق الأرش أيضاً ، ويرجع [العامل على] الغاصب الذي ساقاه بأجرة المثل ، كما لو استأجر الغاصب من عمل في المغصوب عملاً ، وقيل : لا أجرة ، تخريجاً على قولي الغرور ، [و] كما لو تلفت بجائحة . والصحيح : الأول . وإن أتلفها ، فللمالك الخيار في نصيب العامل، بين أن يطالب بضمانه العامل أو الغاصب . والقرار على العامل على الصحيح .وقيل: على الغاصب ، كما لو أطعمه الطعام المغصوب على قول . وأما نصيب الغاصب ، فللمالك مطالبته به . وفي مطالبته العامل به ، وجهان . أصحها عند الجمهور : يطالبه ، لثبوت يده ، كما يطالب عامل القراض والمودع إذا خرج مستحقاً . والثاني : لا ، لأن يده لم تثبت عليه مقصودة . وعلى الوجهين يخرّج ما إذا تلف جميع الثمار قبل القسمة بجائحة أو غصب ، فان أثبتنا يد العامل عليها ، فهو مطالب ، وإلا ، فلا . ولو تلف شيء من الاشجار ، ففيه الوجهان . وإذا قلنا : يطالب العامل بنصيب

الغاصب ، ففي رجوعه على الغاصب الخلاف المذكور في رجوع المودَع . والمذهب : القطع بالرجوع .

فصل

إذا اختلفا في قدر المشروط للعامل ، ولا بينة ، تحالفا كما في القراض . وإذا تحالفا وتفاسخا قبل العمل ، فلا شيء للعامل . وإن كان بعده ، فله أجرة مثل عمله . وإن كان لاحدهما بينة ، قضي بها . وإن كان لكل منهما بينة ، فان قلنا : تتساقطان ، وهو الاظهر ، فهو كما لو لم يكن لهما بينة ، فيتحالفان . وإن قلنا : تُستعملان ، فيقرع بينهما . ولا يجيء قولا الوقف والقسمة ، لان الاختلاف في العقد ، وهو لا يقسم ولا يوقف . وقيل : تجيء القسمة في القدر المختلَف فيه ، فيقسم بينهما نصفين . ولو ساقاه شريكان في الحديقة ، فقال العامل : شرطتما لي نصف الثمر ، وصدقه أحدهما ، وقال الآخر : بل شرطنا الثلث ، فنصيب المصدّق مقسوم بينه وبين العامل . وأما نصيب المكذّب ، فيتحالفان فيه . ولو شهد المصدّق للعامل أو المكذّب ، قبلت شهادته ، لعدم التهمة . ولو اختلفا في قدر الاشجار المعقود عليها ، أو في رد شيء من المال أو هلاكه ، فالحكم كما ذكرناه في القراض .

فصل

إذا بدا صلاح الثمار ، فان وثق المالك بالعامل ، تركها في يده إلى الادراك ، فيقتسمان حينئذٍ إن جوّزناها ، أو يبيع أحدهما نصيبه للثاني ، أو يبيعان لثالث . وإن لم يثق به وأراد تضمينه التمر أو الزبيب ، بني على أن الخرص عِبْرة أو تضمين ؟

فان قلنا: عبرة ، لم يجز . وإن قلنا : تضمين ، جاز على الاصح كما في الزكاة . ويجري الخلاف ، فيما لو أراد العامل تضمين المالك بالخرص .

فصل

إذا انقطع ماء البستان، وأمكن رده ، ففي تكليف المالك السعي فيه وجهان. أحدهما : لا ، كما لايكلف الشريك العمارة ولا المكري. والثاني : يكلف ، لانه لا يتمكن من العمل إلا به،فأشبه مالو استأجره لقصارة ثوب بعينه يكلَّف تسليمه. فعلى هذا لو لم يسع في رده ، لزمه للعامل أجرة عمله . ولو لم يمكن رد الماء ، فهو كما لو تلفت الثمار بجائحة .

قلت : أصحها : لايكلَّف . والله أعلم

فصل

السواقط ، وهي السعف التي تسقط من النخل ، يختص بها المالك، وما يتبع الثمن ، فهو بينهما . قال الشيخ أبوحامد : ومنه الشماريخ .

فصل

دفع بهيمة إليه ليعمل عليها ، وما رزق الله تعالى فهو بينهما ، فالعقد فاسد . ولو قال:تعهَّدْ هذه الغنم بشرط أن درّها ونسلها بيننا، فباطل أيضاً، لأن النماء لايحصل بعمله . ولو قال : اعلف هذه من عندك ولك نصف درّها ، ففعل ، وجب بدل

النصف على صاحب الشاة ، والقدر المشروط من الدّر لصاحب العلف مضمون في يده ،لحصوله بحكم بيع فاسد،والشاة غير مضمونة،لأنها غير مقابلة بالعوض.ولو قال: خذ هذه واعلفها لتسمن ولك نصفها ، ففعل ، فالقدر المشروط منها لصاحب العلف مضمون عليه ،دون الباقي .

فصـــل

قال المتولي : إذا كانت المساقاة في الذمة ،فللعامل أن يعامل غيره لينوب عنه. ثم إن شرط له من الثمار مثل ما شرط المالك له أو دونه ، فذاك ، وإن شرط له أكثر ، فعلى الخلاف في تفريق الصفقة . فان جوزناه، وجب للزيادة أجرة المثل، وإن منعناه ، فالأجرة للجميع . وإن كانت المساقاة على عينه ، لم يكن له أن يستنيب ويعامل غيره،فلو فعل ،انفسخت المساقاة بتركه العمل ، وكانت الثمار كلها للمالك ، ولا شيء للعامل الاول . وأما الثاني ، فان علم فساد العقد ، فلا شيء له، وإلا ، ففي استحقاقه أجرة المثل الخلاف في خروج الثمار مستحقة .

فصـــل

بيع الحديقة التي ساقى عليها في المدة ، يشبه بيع العين المستأجرة، ولم أر له ذكراً،لكن في فتاوى البغوي:أن المالك إن باعها قبل خروج الثمرة،لم يصح ، لان للعامل حقاً في ثمارها ، فكأنه استثنى بعض الثمرة .وإن كان بعد خروج الثمرة، صح البيع في الاشجار ونصيب المالك من الثمار ، ولا حاجة إلى شرط القطع ،لانها مبيعة مع الاصول، ويكون العامل مع المشتري كما كان مع البائع . وإن باع نصيبه من الثمرة وحدها ، لم يصح ، للحاجة إلى شرط القطع وتعذّره في الشائع .

قلت : هذا الذي قاله البغوي ، حسن ،وهذه المسألة ،لم يذكرها الرافعي هنا، بل في آخر كتاب الاجارة . **والله أعلم**

باب

المزارعة والمخابرة

قال بعض الاصحاب : هما بمعنى ،والصحيح وظاهر نص الشافعي رضي الله عنه: أنهما عقدان مختلفان .

فالمخابرة : هي المعاملة على الارض ببعض مايخرج منها والبذر من العامل .

والمزارعة مثلهـا ، إلا أن البذر من المالك . وقد يقـال : المخابرة : اكتراء الارض [ببعض ما يخرج منها]. والمزارعة: اكتراء العامل لزرع الارض ببعض ما يخرج منها . والمعنى لايختلف .

قلت : هذا الذي صححه الامام الرافعي ، هو الصواب.وأما قول صاحب « البيان »: قال أكثر أصحابنا :هما بمعنى ، فلا يوافق عليه ، فنبهت عليه لئلا يُغتَرَّ به.

والله أعلم

والمخابرة والمزارعة باطلتان ، وقال ابن سريج : تجوز المزارعة .

قلت : قد قال بجواز المزارعة والمخابرة من كبار أصحابنا أيضاً ، ابن خزيمة ، وابن المنذر ، والخطابي وصنف فيها ابن خزيمة جزءاً ، وبين فيه علل الاحاديث الواردة بالنهي عنها ، وجمع بين أحاديث الباب ، ثم تابعه الخطابي وقال : ضعَّف أحمد ابن حنبل حديث النهي،وقال : هو مضطرب كثير الالوان . قال الخطابي : وأبطلها مالك ،وأبو حنيفة، والشافعي،رضي الله عنهم،لانهم لم يقفوا على علته، قال : فالمزارعة جائزة ، وهي عمل المسلمين في جميع الامصار ،لايُبطل العمل بها أحد. هذا كلام الخطابي. والمختـار جواز المزارعة والمخـابرة ، وتأويل الاحاديث على مـا إذا شرط

أحدهما زرع قطعة معينة،والآخر أخرى [١] ،والمعروف في المذهب ، إبطالهما ، وعليه تفريع مسائل الباب . والله أعلم

فمتى أفردت الارض لمخابرة أو مزارعة ، بطل العقد . فان كان البذر للمالك ، فالغلة له، وللعامل أجرة مثل عمله ، وأجرة البقر والآلات إن كانت له . وإن كان البذر للعامل ، فالغلة له، وللمالك الارض عليه أجرة مثلها . وإن كان لهما ، فالغلة لهما ، ولكل واحد على الآخر أجرة مثل ماانصرف من منافعه إلى حصة صاحبه . وإذا أرادا أن يكون الزرع بينهما على وجه مشروع ، بحيث لايرجع أحدهما على الآخر بشيء ، نظر ، إن كان البذر بينهما ، والأرض لأحدهما ، والعمل والآلات للآخر ، فلها ثلاث طرق .

أحدها ، قاله الشافعي رضي الله عنه : يعير صاحب الأرض للعامل نصفها ، ويتبرع العامل بمنفعة بدنه وآلاته لأنه مما يختص صاحب الأرض [٢] .

الثاني ، قاله المزني : يكري صاحب الأرض للعامل نصفها بدينار مثلاً ، ويكتري العاملَ ليعمل على نصيبه بنفسه وآلاته بدينار ، ويتقاصان .

الثالث،قاله الأصحاب: يكريه نصف أرضه بنصف منافع العامل وآلاته ،وهذاأحوطها.

وإن كان البذر لأحدهما ، فان كان لصاحب الأرض ، أقرض نصفه للعامل وأكراه نصف الأرض بنصف عمله ونصف منافع آلاته ، ولا شيء لأحدهما على الآخر إلا ردّ العوض . وإن شاء استأجر العامل بنصف البذر ، ليزرع له

---

(١) عن رافع بن خديج رضي الله عنه قال : كنا أكثر الأنصار حقلا ، فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ، ولهم هذه ، فربما أخرجت هذه ، ولم تخرج هذه ، فنهانا النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، وأما الورق فلم ينهنا . متفق عليه .

قال شيخ الاسلام ابن تيمية في « المسائل الماردينية » طبع المكتب الاسلامي ص ١٠٣ : إذ قد يحصل لاحدهما شيء ، والآخر لايحصل له شيء ، وهذا هو الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم في المخابرة والمزارعة، فانهم كانوا يعاملون على الارض بزرع بقعة معينة من الارض للمالك ، فأما المزارعة، فجائزة بلا ريب .

(٢) في نسخ الظاهرية : ويتبرع العامل بمنفعة بدنه وآلاته مما يخص صاحب الارض .

النصف الآخر ، وأعـاره نصف الأرض ، وإن شاء استأجره بنصف البـذر ونصف منفعة تلك الأرض ليزرع باقي البذر في باقي الأرض . وإن كان البذر للعامل ،فان شاء أقرض نصفه لصاحب الأرض واكترى منه نصفها بنصف عمله وعمل آلاته ، وإن شاء اكترى نصف الأرض بنصف البذر وتبرع بعمله ومنافع آلاته ، وإن شاء اكترى منه نصف الأرض بنصف البذر ونصف عمله ومنافع آلاته .

ولا بد في هذه الاجارات من رعاية الشرائط ،كرؤية الأرض والآلات ، وتقدير المدة وغيرها. هذا كله إذا أفردت الأرض بالعقد . أما إذا كان بين النخيل بياض ،فتجوز المزارعة عليه مع المساقاة على النخيل ، ويشترط فيه اتحاد العامل ، فلا يجوز أن يساقي واحداً، ويزارع آخر ، ويشترط أيضاً تعذر إفراد النخيل بالسقي ، والأرض بالعمارة ، لانتفاع النخل بسقي الأرض وتقليبهـا ، فان أمكن الافراد ، لم تجز المزارعة .

واختلفوا في اعتبار أمور .

أحدها : اتحاد الصفقة ، فلفظ المعاملة ، يشمل المزارعة والمساقاة . فلو قال : عاملتك على هذا النخيل والبياض بالنصف ، كفى . وأما لفظ المساقاة والمزارعة ، فلا يغني أحدهما عن الآخر ، بل يساقي على النخيل ، ويزارع على البياض ، وحينئذ إن قدّم المساقاة ، نظر ،إن أتى بهما على الاتصال ، فقد اتحدت الصفقة ووجد الشرط، وإن فصل بينهما ، فقيل : تصح المزارعة ، لحصولها لشخص . والأصح : المنع ، لأنها تبع ، فلا تفرد كالأجنبي . وإن قدّم المزارعة ، فسدت على الصحيح ، لأنها تابعة. وقيل : تنعقد موقوفة . فان ساقاه بعدها ، بانت صحتها ، وإلا ، فلا .

الثاني : لو شرط للعامل نصف الثمر ، وربع الزرع ، جاز على الأصح . وقيل: يشترط التساوي ، لأن التفضيل يزيل التبعية .

الثالث : لو كثر البياض المتخلل مع عسر الافراد ، فقيل : يبطل ، لان الاكثر

متبوع لا تابع . والأصح : الجواز ، للحاجة . ثم النظر في الكثرة إلى زيادة النماء ، أم إلى مساحة البياض ومغارس الشجر ؟ وجهان .

قلت : أصحها : الثاني . والله أعلم

الرابع : لو شرطا كون البذر من العامل فهي مخابرة ، فقيل : تجوز تبعاً للمساقاة كالمزارعة . والأصح : المنع ، لأن الحديث ورد في المزارعة تبعاً في قصة خيبر ، دون المخابرة ، ولأن المزارعة أشبه بالمساقاة ، لانه لايتوظف على العامل فيهما إلا العمل . فلو شرط أن يكون البذر من المالك والبقر من العامل ، أو عكسه ، قال أبو عاصم العبادي : فيه وجهان . أصحها : الجواز إذا شرط البذر على المالك ، لأنه الاصل ، فكأنه اكترى العامل وبقره ، قال : فان جوزنا فيما إذا شرط البقر على [المالك والبذر على] العامل ، نظر ، فان شرط التبن والحب بينهما ،جاز ، وكذا لو شرط الحب بينهما والتبن لاحدهما لاشتراكهما في المقصود . فان شرط التبن لصاحب الثور وهو مالك الارض ، وشرط الحب للآخر،لم يجز ، لأن المالك هو الاصل ، فلا يمنع المقصود . وإن شرطا التبن لصاحب البذر وهو العامل ، فوجهان . وقيل : لايجوز شرط الحب لاحدهما والتبن للآخر أصلاً . واعلم أنهم أطلقوا القول في المخابرة بوجوب أجرة مثل الارض ، لكن في « فتاوى » القفال و « التهذيب » وغيرهما :أنه لو دفع أرضاً إلى رجل ليغرس أو يبني أو يزرع فيها من عنده ، على أن يكون بينهما مناصفة ، فالحاصل للعامل ، وفيما يلزمه من أجرة الارض ، وجهان . أحدهما : نصفها،لانه غرس نصف الغرس لصاحب الارض باذنه، فقد رضي ببطلان منفعة النصف . وأصحها: جميعها ،لانه إنما رضي ليحصل له نصف

الغراس ، فاذاً إطلاقهم في المخابرة تفريع على الاصح. ثم العامل يكلّف نقل البناء والغراس إن لم تنقص قيمتها . وإن نقصت ،لم يقلع مجاناً ،للاذن ، بل يتخير مالك الارض فيها تخير المعير، والزرع يبقى إلى الحصاد . ولو زرع العامل البياض بين النخيل من غير إذن ، قلع زرعه مجاناً. وإذا لم نجوز المساقاة على ما سوى النخيل والعنب من الشجر المثمر منفرداً ، ففي جوازها تبعاً للمساقاة كالمزارعة وجهان .

قلت : أصحها : الجواز . والله أعلم



كتاب الاجارة

فيه ثلاثة أبواب .

الأول : في أركانها ، وهي أربعة .

[الركن]الاول : العاقدان ويعتبر فيهما العقل والبلوغ كسائر التصرفات .

الركن الثاني : الصيغة ،وهي أن يقول : أكريتك هذه الدار ، أو آجرتكها مدة كذا بكذا ، فيقول : على الاتصال :[قبلت ، أو] استأجرت، أو اكتريت . ولو أضاف إلى المنفعة فقال:أجرتك أو أكريتك منافع هذه الدار،فوجهان. أصحهما: الجواز ، وبه قطع في « الشامل »،وذكر المنفعة تأكيد، كقوله : بعتك عين هذه الدار أو رقبتها ، فانه يصح البيع ، والثاني : المنع ، وبه قطع الامام ، لأن لفظ الاجارة وضع مضافاً إلى العين .وإن كان العقد في الذمة ،فقال:ألزمت ذمتك كذا ، فقيل : جاز ،وأغنى عن لفظ الاجارة والاكراء . وإن تعاقد بصيغة التمليك،نظر، إن أضاف إلى المنفعة فقال: ملكتك منفعتها شهراً ، جاز على الصحيح [المعروف]، فان الاجارة تمليك منفعة بعوض. ولو قال : بعتك منفعة هذه الدار شهراً، فوجهان. قال ابن سريج :يجوز ، لان الاجارة صنف من البيع . والاصح: المنع ، لان البيع موضوع لملك الاعيان ، فلا يستعمل في المنافع ، كما لاينعقد البيع بلفظ الاجارة . وقيل بالمنع قطعاً .

الركن الثالث : الأجرة . فالاجارة قسمان . واردة على العين كمن استأجر دابة [بعينها ليركبها] أو يحمل عليها ، أو شخصاً بعينه لخياطة ثوب . وواردة على الذمة ، كمن استأجر دابة موصوفة للركوب أو الحمل، أو قال : ألزمت ذمتك

خياطة هذا الثوب ، أو بناء الحائط ، فقبل . وفي قوله : استأجرتك لكذا ، أو لتفعل كذا ، وجهان . أصحها : أن الحاصل به إجارة عين، للاضافة إلى المخاطب، كما لو قال : استأجرت هذه الدابة . والثاني : إجارة ذمة ، وعلى هذا إنما تكون إجارة عين إذا زاد فقال : استأجرت عينك أو نفسك لكذا ، أو لتعمل بنفسك كذا . وإجارة العقار لاتكون إلا إجارة عين ، لأنه لايثبت في الذمة ، ولهذا لايجوز السلَم في أرض ولا دار .

فرع

إذا وردت الاجارة على العين ، لم يجب تسليم الأجرة في المجلس ، كما لايشترط تسليم الثمن في البيع . ثم إن كانت في الذمة ، فهي كالثمن في الذمة في جواز الاستبدال ، وفي أنه إذا شرط فيها التأجيل أو التنجيم ، كانت مؤجلة أو منجمة. وإن شرط التعجيل ، كانت معجَّلة ، وإن أطلق ، فمعجلة ، وملكها المكري بنفس العقد ، واستحق استيفاءها إذا سلّم العين إلى المستأجر . واستدل الأصحاب بأن المنافع موجودة أو ملحقة بالموجود ، ولهذا صح العقد عليها ، وجاز أن تكون الأجرة دَيْناً ، وإلا ، لكان بيع دين بدين .

فرع

يشترط العلم بقدر الأجرة ووصفها إذا كانت في الذمة كالثمن في الذمة ، فلو قال: اعمل كذا لأرضيك أو أعطيك شيئاً ، وما أشبهه ، فسد العقد ، وإذا عمل ، استحق أجرة المثل . ولو استأجره بنفقته أو كسوته ، فسد . ولو استأجره بقدر من الحنطة أو الشعير ، وضبطه ضبط السلَم ، جاز . ولو استأجره بأرطال خبز ، بني على جواز

السَّلَم في الخبز . ولو آجر الدار بعمارتها ، أو الدابة بعلفها ، أو الأرض بخراجها ومؤنتها أو بدراهم معلومة على أن يعمِّرها ، ولا يحسب ما أنفق من الأجرة ، لم يصح . ولو أجرها بدراهم معلومة على أن يصرفها إلى العمارة ، لم يصح ،لأن الأجرة، الدراهم مع الصرف إلى العمارة ، وذلك عمل مجهول . ثم إذا صرفها في العمارة ، رجع بها . ولو أطلق العقد ، ثم أذن له في الصرف إلى العمارة ، وتبرع به المستأجر ،جاز . فان اختلفا في قدر ماأنفق ، فقولان في أن القول قول من ؟ ولو أعطاه ثوباً وقال : إن خطته اليوم فلك درهم ، أو غداً فنصف ، فسد العقد ووجبت أجرة المثل متى خاطه . ولو قال : إن خطته رومياً فلك درهم ، أو فارسياً فنصف ، فسد ، والرومي بغرزتين، والفارسي بغرزة .

فرع

إذا أجّلا الأجرة فحلت وقد تغير النقد ، اعتبر نقد يوم العقد . وفي الجعالة الاعتبار بيوم اللفظ على الأصح ، وقيل : بوقت تمام العمل ، لأن الاستحقاق يثبت بتمام العمل .

فرع

هذا الذي سبق ، إذا كانت الأجرة في الذمة . فلو كانت معينة ، ملكت في الحال كالمبيع ، واعتبرت فيها الشرائط المعتبرة في المبيع ، حتى لو جعل الأجرة جلد شاة مذبوحة قبل السلخ ، لم يجز ، لأنه لايعرف صفته في الرقة والثخانة وغيرها . وهل تغني رؤية الأجرة عن معرفة قدرها ؟ فيه طريقان . أحدهما : على قولي رأس مال السلَم . والثاني : القطع بالجواز ، وهو المذهب .

فصل

أما الاجارة الواردة على الذمة ، فلا يجوز فيها تأجيل الأجرة ، ولا الاستبدال عنها ، ولا الحوالة بها ولا عليها ، ولا الابراء ، بل يجب التسليم في المجلس كرأس مال السلَم ، لأنه سلم في المنافع ، فان كانت الأجرة مشاهدة غير معلومة القدر ، فعلى القولين في رأس مال السلَم . هذا إذا تعاقدا بلفظ السلم ، بأن قال : أسلمت إليك هذا الدينار في دابة تحملني إلى موضع كذا ، فان عقدا بلفظ الاجارة ، بأن قال: استأجرت منك دابة صفتها كذا لتحملني إلى موضع كذا ، فوجهان بنوهما على أن الاعتبار باللفظ ، أم بالمعنى ؟ أصحها عند العراقيين ، وأبي علي ، والبغوي : أنه كما لو عقدا بلفظ السلَم ،ورجح بعضهم الآخر .

فرع

يجوز أن تكون الأجرة منفعة ، سواء اتفق الجنس ، كما إذا أجر داراً بمنفعة دار ، أو اختلف ، بأن أجرها بمنفعة عبد . ولا ربا في المنافع أصلاً ، حتى لو أجر داراً بمنفعة دارين ، أو أجر حلي ذهب بذهب ، جاز ، ولا يشترط القبض في المجلس .

فصل

لا يجوز أن يجعل الأجرة شيئاً يحصل بعمل الأجنبي [١] ، كما لو استأجر السلاخ ليسلخ الشاة بجلدها ، أو الطحان ليطحن الحنطة بثلث دقيقها ، أو بصاع منه ، أو بالنخالة ، أو المرضعة بجزء من الرقيق المرتضع بعد الفطام ، أو قاطف الثمار بجزء

---

(١) في نسخة الظاهرية : بعمل الاجير .

منها بعد القطاف ، أو لينسج الثوب بنصفه ، فكل هذا فاسد ، وللأجير أجرة مثله. ولو استأجر المرضع بجزء من الرقيق في الحال ، أو قاطف الثمار بجزء منها على رؤوس الشجر ، أو كان الرقيق لرجل وامرأة ، فاستأجرها لترضعه بجزء منه ، أو بغيره، جاز على الصحيح ، كما لو ساقى شريكه وشرط له زيادة من الثمر ، يجوز وإن كان يقع عمله في مشترك . وقيل : لايجوز ، ونقله الامام والغزالي عن الاصحاب، لأن عمل الاجير ينبغي أن يقع في خاص ملك المستأجر،وهو ضعيف. قال البغوي : لو استأجر شريكه في الحنطة ليطحنها أو الدابة ليتعهدها بدراهم ، جاز . ولو قال: استأجرتك بربع هذه الحنطة أو بصاع منها لتطحن الباقي ، قال المتولي والبغوي : يجوز ،ثم يتقاسمان قبل الطحن ، فيأخذ الاجرة ،ويطحن الباقي . قال المتولي : وإن شاء طحن الكل والدقيق مشترك بينهما .ومثال هذه المسائل ، ما إذا استأجره لحمل الشاة المذكاة إلى موضع كذا بجلدها ، ففاسد أيضاً . أما لو استأجره لحمل الميتة بجلدها ، فباطل، لانه نجس .

الركن الرابع : المنفعة ،ولها خمسة شروط .

أحدها : أن تكون متقوّمة وفيه مسائل .

أحدها : استئجار تفاحة للشم باطل ، لانها لاتقصد له ، فلم يصح كشراء حبة حنطة . فان كثر التفاح،فالوجه :الصحة،لانهم نصوا على جواز استئجار المسك والرياحين للشم ، ومن التفاح ما هو أطيب من كثير من الرياحين .

الثانية : استئجار الدراهم والدنانير، إن أطلقه ، فباطل ،وإن صرح بالاستئجار للتزيين ، فباطل أيضاً على الاصح . واستئجار الاطعمة لتزيين الحوانيت ، باطل على المذهب . وقيل : فيه الوجهان . وفي استئجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها ،

والوقوف في ظلّها ، وربط الدواب فيها ، الوجهان . قال بعضهم : الاصح هنا : الصحة ، لأنها منافع مهمة ، بخلاف التزيين . واستئجار الببغاء للاستئناس ، قال البغوي : فيه الوجهان ، وقطع المتولي بالجواز ، وكذا في كل ما يستأنس بلونه ، كالطاووس ، أو صوته ، كالعندليب .

الثالثة : استئجار البياع على كلمة البيع ، أو كلمة يروّج بها السلعة ولا تعب فيها ، باطل ، إذ لاقيمة لها . قال الامام محمد بن يحيى : هذا في مبيع مستقر القيمة في البلد ، كالخبز واللحم . أما الثياب والعبيد ، وما يختلف قدر الثمن فيه باختلاف المتعاقدين ، فيختص بيعها من البياع لمزيد منفعة وفائدة ، فيجوز الاستئجار عليه . ثم إذا لم يجز الاستئجار ، ولم يتعب البياع ، فلا شيء له . وإن تعب بكثرة التردد ، أو كثرة الكلام في أمر المعاملة ، فله أجرة المثل ، لاما تواطأ عليه البياعون .

الرابعة : استئجار الكلب المعلّم للصيد والحراسة ، باطل على الأصح ، وقيل: يجوز ، كالفهد والبازي والشبكة للاصطياد والهرة لدفع الفأر .

الشرط الثاني : أن لايتضمن استيفاء عين قصداً ، ومقصوده أن الاجارة عقد تراد به المنافع دون الأعيان ، هذا هو الأصل ، إلا أنه قد تستحق بها الأعيان تابعة لضرورة أو حاجة ماسةٍ ، فتلحق تلك الأعيان حينئذٍ بالمنافع ، وفيه مسائل .

إحداها : استئجار البستان لثماره ، والشاة لنتاجها أو صوفها أو لبنها ، باطل .

الثانية : الاستئجار لارضاع الطفل جائز ، ويُستحق به منفعة وعين . فالمنفعة : أن تضع الصبي في حجرها وتلقمه الثدي وتعصره بقدر الحاجة . والعين : اللبن الذي يمصه الصبي . وإنما جوز لمسيس الحاجة أو الضرورة . وفي الأصل الذي تناوله العقد ، وجهان . أحدهما : اللبن . وأما فعلها ، فتابع ، لأن اللبن مقصود لعينه ، وفعلها طريق إليه . وأصحها : أنه فعلها ، واللبن مستحق تبعاً ، لقول الله تعالى: ﴿ فان أرضعن لكم ، فآتوهن أجورهن ﴾ [الطلاق : ٦] ، علق الأجرة بفعل الارضاع ،

لا باللبن،ولأن الاجارة موضوعة للمنافع وإنما الأعيان تتبع للضرورة،كالبئر تستأجر ليستقى ماؤها ،والدار تستأجر وفيها بئر ، يجوز الاستقاء منها . ثم إن استأجرها للحضانة مع الارضاع ، جاز ، وإن استأجر للارضاع ، ونفى الحضانة ، فوجهان . أحدهما : المنع ، كاستئجار الشاة لارضاع سخلة . وأصحها : الجواز ، وبه قطع الأكثرون ، كما يجوز الاستئجار لمجرد الحضانة . قال الامام : وهذا الخلاف إذا قصر الاجارة على صرف اللبن إلى الصبي ، وقطع عنه وضمه في حجرها ونحوه ، [فأما الحضانة بالتفسير الذي سنذكره إن شاء الله تعالى ، فيجوز قطعها عن الارضاع بلا خلاف].

الثالثة : استئجار الفحل للضراب ، حكمه ما ذكرناه في كتاب البيع في باب المناهي .

الرابعة : استئجار القناة للزراعة بمائها ، جائز ، لأنا إن قلنا : الماء لا يملك ، فكالشبكة للاصطياد - وإلا ، فالمنافع آبار الماء (١) وقد جوز - واستئجار بئر الماء للاستقاء ، والتي بعدها (٢) مستأجرة لاجراء الماء فيها وقال الروياني : إذا اكترى قرار القناة ليكون أحق بمائها ، جاز في وجه ، وهو الاختيار (٣) ، والمعروف : منعه . ومقتضى لفظه أن يكون تعريفاً على أن الماء لا يملك .

الشرط الثالث : أن تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها ، فاستئجار الآبق ، والمغصوب ، والأخرس للتعليم ، والأعمى لحفظ المتاع ، إجارة عين ، ومن لا يحسن

---

(١) في هامش نسخة الظاهرية تجاه عبارة : « آبار الماء » ، ما نصه : أي المنفعة المعقود عليها هي نفس الآبار التي ينبع فيها الماء . مهمات .

(٢) في هامش نسخة الظاهريه تجاه عبارة : « والتي بعدها » ، ما نصه : أي الجاري التي بعد القناة . مهمات .

(٣) في هامش نسخة الظاهرية ما نصه : ماقاله الروياني هو الكلام السابق بعينه ، إلا أنه أفاد جريان الخلاف . مهمات .

القرآن لتعليمه ، باطل . فان وسّع عليه وقتاً يقدر على التعلّم قبل التعليم ، فباطل أيضاً على الأصح ، لأن المنفعة مستحقة من عينه ، والعين لاتقبل التأخير . وإذا استأجر أرضاً للزراعة ، اشترط كون الزراعة متيسرة . والأرض أنواع .

منها : أرض لها ماء دائم من نهر أو عين أو بئر ونحوها .

ومنها : أرض لاماء لها ، لكن يكفيها المطر المعتاد ، والنداوة التي تصيبها من الثلوج المعتادة ، أو لايكفيها ذلك ، لكنها تسقى بماء الثلج والمطر في الجبل ، والغالب فيها الحصول .

ومنها : أرض لاماء لها ، ولاتكفيها الأمطار المعتادة ، ولاتسقى بماء غالب الحصول من الجبل ، ولكن إن أصابها مطر عظيم أو سيل ، نادراً ، أمكن زرعها ، فالنوع الأول يصح استئجاره قطعاً . والثالث لايصح قطعاً . وفي الثاني وجهان . أصحها : الجواز ، وبه قطع القاضي حسين وابن كج وصاحب « المهذب » ، وبالمنع أجاب القفال .

ومنها : أرض على شط النيل والفرات وغيرهما ، يعلو الماء عليها ثم ينحسر ، ويكفي ذلك لزراعتها في السنة ، فان استأجرها للزراعة بعدما علاها الماء وانحسر ، صح ، وإن كان قبل أن يعلوها الماء ، فان كان لايوثق به ، كالنيل لا ينضبط أمره ، لم يصح . وإن كان الغالب حصوله ، فليكن على الخلاف في النوع الثاني . وإن كان موثوقاً [به] كالمدّ بالبصرة ، صح كماء النهر . فان تردد في وصول الماء إلى تلك الأرض ، لم يصح ، لانه كالنوع الثالث . وإن [كان] علاها ولم ينحسر ، فان كان لا يرجى انحساره ، أو يشك فيه ، لم يصح استئجارها ، لان العجز موجود ، والقدرة مشكوك فيها . وإن رجي انحساره وقت الزراعة بالعادة ، صحت الاجارة على المذهب والمنصوص ، سواء كانت الاجارة لما يمكن زراعته في الماء كالأرز ، أم لغيره ، وسواء كان رأى الارض مكشوفة أم هي مرئية الآن لصفاء الماء ، أم لم يكن

شيء من ذلك . وقيل : إن لم تثر ، لم يصح في قول . وقيل : لا يصح لغير الأرز ونحوه . وحجة مذهب القياس على ما لو استأجر داراً مشحونة بأمتعة يمكن الاشتغال بنقلها في الحال ، فانه يجوز على الصحيح ، أما إذا لم تكن مؤنة ، فلأن استتارها بالماء من مصالحها ، فانه يقويها ويقطع العروق المنتشرة ، فأشبه استتار الجوز بقشره. أما إذا كانت الارض على شط نهر ، والظاهر أنها تغرق وتنهار في الماء ، فلا يجوز استئجارها . فان احتمل ولم يظهر ، جاز ، لان الاصل والغالبَ السلامةُ .ويجوز أن تخرّج حالة الظهور على تقابل الاصل والظاهر .

إذا عرفت حكم الانواع ، فكل أرض لها ماء معلوم ،واستأجرها للزراعة مع شِربها منه ، فذاك ، وإن استأجرها للزراعة دون شِربها ، جاز إن تيسر سقيها من ماءٍ آخر ، وإن أطلق ، دخل فيه الشِرب ، بخلاف ما إذا باعها ، لا يدخل الشِّرب ، لان المنفعة هنا لاتحصل دون الشِّرب . هذا إذا طردت العادة بالاجارة مع الشِّرب . فان اضطربت ، فسيأتي حكمه في الباب الثاني إن شاء الله تعالى . وكل أرض منعنا استئجارها للزراعة ، فلو اكتراها لينزل فيها ، أو يسكنها ، أو يجمع الحطب فيها ، أو يربط الدواب ، جاز . وإن اكتراها مطلقاً ، نظر ، إن قال: أكريتك هذه الأرض البيضاء ولا ماء لها ، جاز ، لأنه يعرف بنفي الماء أن الاجارة لغير الزراعة . ثم لو حمل ماء من موضع وزرعها ، أو زرعها على توقع حصول ماءٍ ، لم يمنع ، وليس له البناء والغراس فيها ، نص عليه . وإن لم يقل : لا ماء لها ، فان كانت بحيث يطمع في سوق الماء إليها ، لم يصح العقد ، لأن الغالب في مثلها الاستئجارُ للزراعة ، فكأنه ذكرها ، وإن كانت على قُلَّة جبل لا يطمع في سوق الماء إليها ، صح العقد على الأصح اكتفاءً بالقرينة ، وإذا اعتبرنا نفي الماء ، ففي قيام علم المتعاقدين مقام التصريح بالنفي ، وجهان . أصحهما : المنع ، لأن العادة في مثلها الاستئجار للزراعة ، فلا بد من الصرف باللفظ .

واعلم أن في المسألة تصريحاً بجواز الاستئجار مطلقاً من غير بيان جنس المنفعة ، وسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

فصل

قد عرفت انقسام الاجارة إلى واردة على العين ، وعلى الذمة .

أما إجارة العين ، فلا يصح إيرادها على المستقبل ، كاجارة الدار السنةَ المستقبَلة، والشهر الآتي . وكذا إذا قال : أجرتك سنة أولها من غد ، أو أجرتك هذه الدابة للركوب إلى موضع كذا على أن تخرج غداً . ولو قال : أجرتك سنة ، فاذا انقضت، فقد أجرتك سنة أخرى ، فالعقد الثاني باطل على الصحيح ، كما لو قال : إذا جاء رأس الشهر ، فقد أجرتك شهراً .

أما الواردة على الذمة ، فيحتمل فيها التأجيل والتأخير ، كما إذا قال : ألزمت ذمتك حملي إلى موضع كذا على دابة صفتها كذا غداً أو غرة شهر كذا ، كما لو أسلم مؤجلاً ، وإن أطلق ، كانت حالّة . ولو أجر داره لزيد سنة ، ثم أجرها لغيره السنة المستقبَلة قبل انقضاء الأولى ، لم يصح . وإن أجرها لزيد نفسه ، فوجهان . وقيل : قولان . أصحهما : الجواز ، لاتصال المدتين . ولو أجرها أولاً لزيد سنة ، ثم أجرها زيد لعمرو ، ثم أجرها المالك لعمرو السنةَ المستقبلة قبل انقضاء الأولى ، ففيه الوجهان ، ولا يجوز إجارتها لزيد ، كذا قاله البغوي . وفي فتاوى القفال : أنه يجوز أن يؤجرها لزيد ، ولا يجوز أن يؤجرها لعمرو ، لأن زيداً هو الذي عاقده ، فيضم إلى ما استحق بالعقد الأول السنة المستقبلة . قال : ولو أجر داره سنة ، ثم باعها في المدة ،وجوزناه ، لم يكن المشتري أن يؤجرها السنة المستقبلة للمستأجر ، لانه لم يكن بينهما معاقدة ، وتردد في أن الوارث ، هل يتمكن منه إذا مات المكري لان الوارث نائبه ؟

فرع

إيجار الدار والحانوت شهراً على أن ينتفع بها الايام دون الليالي ، باطل ، لان زمان الانتفاع لايتصل بعضه ببعض ، فيكون إجارة زمن مستقبل ، بخلاف مثله في العبد والبهيمة ، فانه يجوز ، لانهما لا يطيقان العمل دائماً ، ويرفّهان في الليل على العادة عند إطلاق الاجارة . ولو أجر دابة إلى موضع ليركبها المكري زماناً ، ثم المكتري زماناً ، لم يصح ، لتأخّر حق المكتري وتعلق الاجارة بمستقبل . وإن أجره ليركب المكتري بعض الطريق وينزل فيمشي بعضها ، أو أجر اثنين ليركب هذا زماناً ،وهذا مثله ، ففيه أربعة أوجه . أصحها وهو المنصوص في « الام » : صحت الاجارة في الصورتين ، سواء وردت الاجارة على الذمة ، أو العين ، ويثبت الاستحقاق في الحال، ثم يقتسم المكري والمكتري [أو المكتريان] ،ويكون التأخر الواقع من ضرورة القسمة والتسليم ، فلا يضر . والثاني : تصح في الصورة الثانية دون الأولى،لاتصال زمن الاجارة في الثانيـة دون الأولى . والثالث : تبطل فيهما،لأنها إجارة أزمان منقطعة . والرابع : تصح في الصورتين إن كانت مضمونة في الذمة ، ولا تصـح على دابة معينة،وهذه المسألة تعرف بـ«كراء العُقَب»وهو جمع عُقْبة وهي النَّوْبة . فاذا قلنـا بالجواز ، فان كان في ذلك الطريق عـادة مضبوطة، إما بالزمان ،بأن يركب يوماً وينزل يوماً ، وإما بالمسافة ،بأن يركب فرسخاً ويمشي فرسخاً ،حمل العقد عليها ،وليس لأحدهما أن يطلب الركوب [ثلاثاً]والنزول ثلاثاً ، [لما] في دوام المشي من التعب . وإن لم تكن عادة مضبوطة ، فلا بد من البيـان في الابتداء . وإن اختلفـا فيمن يبدأ بالركـوب ، أقرع . ولو أكرى دابة لاثنين ،ولم يتعرض للتعاقب ، قال المتولي :إن احتملت الدابة ركوب شخصين ، اجتمعا على الركوب ،

وإلا ، فالرجوع إلى المهايأة كما سبق . ولو قال : أجرتك نصف الدابة إلى موضع كذا ، أو أجرتك الدابة لتركبها نصف الطريق ، صح،ويقتسمان بالزمان أو المسافة، وهذه إجارة المشاع، وهي صحيحة كبيع المشاع . وحكي وجه : أن إجارة نصف الدابة لاتصح ، للتقطع ، بخلاف إجارة نصف الدار ، وبخلاف ما إذا أجرهما ليركبا في محمل .

فرع

لاتصح إجارة مالامنفعة فيه في الحال، ويصير منتفعاً به في المدة، كالجحش،لأن الاجارة موضوعة على تعجيل الانتفاع ، بخلاف المساقاة .

فصل

العجز الشرعي كالحسي ، فلا يصح الاستئجار لقلع سنٍّ صحيحة،أو [قطع] يد صحيحة ، ولا استئجار الحائض لكنس المسجد وخدمته ، ولا استئجار أحد لتعليم التوراة والانجيل ، أو السحر ، أو الفحش ، أو ختان صغير لايحتمل ألمه .

فرع

قلع السن الوجعة ، إنمـا يجوز إذا صعب الألم وقال أهل الخبرة : إنه يزيل الألم .وقطع اليد المتآكلة، إنما يجوز إذا قال أهل الخبرة :إنه نافع،ومع ذلك ، ففيه خلاف وتفصيل يأتي إن شاء الله تعالى في باب ضمان الولاة من كتاب«الجنايات »[1] فحيث لايجوز القلع أو القطع ، فالاستئجار له باطل ، وحيث يجوز ، يصح الاستئجار

(١) في الاصل :من باب الجنايات ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية

على الأصح . ووجه المنع : أنه لايوثق ببقاء العلة ، فربما زالت بتعذر الوفاء . وسبيل مثل هذا ، أن يحصل بالجعالة، فيقول : اقلع سني هذه ولك كذا . ورأى الامام تخصيص الوجهين بالقلع ، لأن زوال الوجع في ذلك الزمن غير بعيد،بخلاف الأكلة ، فانه غير محتمل في زمن القطع .ويجري الوجهان ، في الاستئجار للفصد والحجامة وبزغ الدابة ،لأن هذه الايلامات إنما تباح بالحاجة ،وقد تزول الحاجة .

فرع

استأجرها لكنس المسجد،فحاضت ، انفسخ العقد إن استأجر عينهـا وعيّنت المدة. وإن استأجر[ها]في الذمة،لم ينفسخ،لامكان الكنس بغيرها أو بعد الحيض . وإذا جوزنا الاستئجار لقلع السن ،فسكن الوجع وبرأ ، انفسخت الاجارة ،للتعذر على المذهب،وفيه كلام يأتي إن شاء الله تعالى في القسم الثالث من البـاب الثالث . وإن لم يبرأ ، لكن امتنع المستأجر من القلع ، قال في « الشامل » :لايجبر عليه ، إلا أنه إذا سلم الأجير نفسه ،ومضى مدة إمكان العمل،وجب على المستأجر الأجرة. ثم ذكر القاضي أبو الطيب : أنها لاتستقر ، حتى لو انقلعت تلك السن ، انفسخت الاجارة ، ووجب رد الأجرة ، كما لو مكنّت الزوجة في النكاح ، ولم يطأ الزوج . ويفارق ما إذا حبس الدابة مدة إمكان السير ،حيث تستقر عليه الاجرة ،لتلف المنافع تحت يده .

قلت : هذا الذي نقله عن صاحب « الشامل » إلى آخر كلام القاضي أبي الطيب، هكذا هو في « الشامل » و « البيان » . فان قيل: قد قال الشيخ نصر المقدسي في « تهذيبه » :إذا امتنع المستأجر من قلعـه ، لم يكن له فسخ العقد،لكن يدفـع

الأجرة ، وله الخيار بين مطالبته بقلمه ، وبين تركه ، كما لو استأجره ليخيط [له] ثوباً.قلنا : هذا الذي قاله،لايخالف قول صاحب « الشامل » . والله أعلم

فصل

يجوز لغير الزوج استئجار الزوجة للارضاع وغيره باذن الزوج ، ولا يجوز بغير إذنه على الأصح ، لأن أوقاتها مستغرقة بحقه ، والثاني : يصح ، وللزوج فسخه ،حفظاً لحقه . ولو أجرت نفسها ولا زوج لها ، ثم نكحت في المدة ، فالاجارة بحالها ،وليس للزوج منعها من توفية ما التزمته ، كما لو أجرت نفسها باذنه ، لكن يستمتع بها في أوقات فراغها ، فان كانت الاجارة للارضاع ، فهل لولي الطفل الذي استأجرها لارضاعه منع الزوج من وطئها ؟ فيه وجهان . أحدهما : نعم ، لأنه ربما حبلت فينقطع اللبن أو يقل ، وإلا ، فيضر بالطفل . والثاني : لا ، وبه قطع العراقيون ،لأن الحبل متوهم ، فلا يمنع به الوطء المستحق .فان منعناه ، فلا نفقة عليه في تلك المدة .

قلت : الأصح قول العراقيين. والله أعلم

ولو أجر أمته المزوجة ، جاز،ولم يكن للزوج منعها من المستأجر ، لأن يده يد السيد في الانتفاع . أما الزوج ، فيجوز استئجاره امرأته ، إلا إذا استأجرها لارضاع ولده منها ، ففيه وجهان . أحدهما : المنع،وبه قطع العراقيون . وأصحها: الجواز ، كما لو استأجرها بعد البينونة ، وكما لو استأجرها للطبخ ونحوه . وعلى هذا الخلاف ، استئجار الوالد ولده للخدمة. وفي عكسه وجهان إن كانت الاجارة على عينه ، كالوجهين فيما إذا أجر المسلم نفسه لكافر .

الشرط الرابع : حصول المنفعة للمستأجر ، وأكثر العناية في هذا الشرط بالقُرَب ، وضبطها الامام فقال : هي قسمان .

أحدهما : قُرَب يتوقف الاعتداد بها على النية . فما لاتدخله النيابة منها ، لايجوز الاستئجار عليه،وما تدخله النيابة،جاز الاستئجار عليه،كالحج ،وتفرقة الزكاة. قال الامام : ومن هذا ، غسل الميت إذا أوجبنا فيه النية .

القسم الثاني : مالاتتوقف صحته على النية ، وهو نوعان .

فرض كفاية ،وشعار غير فرض . والاول ضربان .

أحدهما :يختص افتراضه في الاصل بشخص وموضع معين ، ثم يؤمر به غيره إن عجز، كتجهيز الموتى بالتكفين والغسل والحفر وحمل الميت ودفنه ، فان هذه المؤن تختص بالتركة . فان لم تكن ، فعلى الناس القيام بها . فمثل هذا ، يجوز الاستئجار عليه ،لان الاجير غير مقصود بفعله حتى يقع عنه . ومن هذا ، تعليم القرآن ، فان كل أحد لايختص بوجوب التعليم وإن كان نشر القرآن وإشاعته من فروض الكفاية ، وهذا كله إذا لم يتعين واحد لمباشرة هذه الاعمال ، فان تعين واحد لتجهيز الميت ،أو تعليم الفاتحة،جاز استئجاره أيضاً على الاصح، كالمضطر، يجب إطعامه ببدله . وقيل : لا، كفرض العين ابتداءً .

الضرب الثاني : ما يثبت فرضه في الاصل شائعاً غير مختص، كالجهاد ،فلا يجوز استئجار المسلم عليه ،ويجوز استئجار الذمي على الصحيح .

النوع الثاني : شعار غير فرض ، كالأذان، تفريعاً على الاصح . وفي جواز الاستئجار عليه ، ثلاثة أوجه ذكرناها في بابه . فان جوزنا ، فعلى أي شيء يأخذ الاجرة ؟ فيه أوجه . أصحها : على جميع الاذان بجميع صفاته ، ولا يبعد أخذ الاجرة على ذكر الله تعالى كتعليم القرآن وإن اشتمل على قراءة المعلم . والثاني :

على رعاية المواقيت . والثالث : على رفع الصوت . والرابع : على الحيعلتين ، فانهما ليستا ذِكراً .

فرع

الاستئجار لامامة الصلوات المفروضة، باطل ،وكذا للتراويح وسائر النوافل على الاصح ، لانه مصلّ لنفسه . ومتى صلى ، اقتدى به من أراد وإن لم ينو الامامة . وإن توقف على نيته شيء ،فهو إحراز فضيلة الجماعة ، وهذه فائدة تختص به . ومن جوّزه ، شبهه بالاذان في الشعار .

فرع

الاستئجار للقضاء باطل .

فرع

أطلقوا القول ببطلان الاستئجار للتدريس . وعن الشيخ أبي بكر الطوسي ترديد جواب في الاستئجار لاعادة الدرس . قال الامام : ولو عين شخصاً أو جماعة ليعلّمهم مسألة أو مسائل مضبوطة ، فهو جائز ، والذي أطلقوه ، محمول على استئجار من يتصدى للتدريس من غير تعيين من يعلّمه ومايعلّمه ، لأنه كالجهاد في أنه إقامة مفروض على الكفاية ثابت على الشيوع . وكذلك يمتنع استئجار مُقرئ يُقرئ على هذه الصورة ، قال : ويحتمل أن يجوز .

الشرط الخامس : كون المنفعة معلومة العين والقدر والصفة ، فلا يجوز أن

يقول : أجرتك أحدهما . ثم إن لم يكن للعين المعينة إلا منفعة ، فالاجارة محمولة عليها، وإن كان لها منافع ، وجب البيان . وأما الصفة ، فاجارة الغائبة ، فيها الخلاف السابق. وأما القدر ، فيشترط العلم به ، سواء فيه إجارة العين والذمة . ثم المنافع تقدر بطريقين. أحدهما : الزمان، كاستأجرت الدار للسكنى سنة . والثاني : العمل ، كاستأجرتك لتخيط هذا الثوب . ثم قد يتعين الطريق الأول ، كاستئجار العقار ، فان منفعته لاتنضبط إلا بالزمان ، وكالارضاع ، فان تقدير اللبن لايمكن ، ولا سبيل فيه إلا الضبط بالزمان . وقد يسوغ الطريقان ، كما إذا استأجر عين شخص أو دابة ، فيمكن أن يقول في الشخص : ليعمل لي كذا شهراً ، وأن يقول : ليخيط لي هذا الثوب .وفي الدابة يقول : لأتردد عليها في حوائجي اليوم ، أو يقول : لأركبها إلى موضع كذا ، فأيهما كان ، كفى ، لتعريف المقدار . فان جمع بينهما فقال : استأجرتك لتخيط لي هذا القميص اليوم ، فوجهان . أصحها : بطلان العقد . والثاني : صحته ، وعلى هذا وجهان . أصحها : يستحق الأجرة بأسرعها ، فان انقضى اليوم قبل تمام العمل ، استحقها ، فان تم العمل قبل تمام اليوم ، استحقها . والثاني : الاعتبار بالعمل ، فان تم[العمل] أولاً، استحقها . وإن تم اليوم أولاً ، وجب إتمامه . وإن قال : على أنك إن فرغت قبل تمام اليوم ، لم تخط غيره ، بطلت الاجارة ، لأن زمن العمل يصير مجهولاً .

فاذا عرفت هذا ، فالمنافع متعلقة بالأعيان ،تابعة لها ، وعدد الأعيان التي يستأجر لها كالمتعذر ، فعُني الأصحاب بثلاثة أنواع تكثر إجارتها ليعرف طريق الضبط بها ، ثم يقاس عليها غيرها .

النوع الأول : الآدمي يستأجر لعمل أو صنعة ، كخياطة ، فان كانت الاجارة في الذمة ، قال : ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب ، فلو أطلق وقال : ألزمت ذمتك

عمل الخياطة كذا يوماً ، لم يصح ، لانه لم يعين خياطاً ولا ثوباً . ولو استأجر عينه ، قال : استأجرتك لتخيط هذا الثوب . ولو قال : لتخيط لي يوماً أو شهراً ، قال الاكثرون : يجوز أيضاً . ويشترط أن يبين الثوب وما يريد منه من قميص ، أو قباء ، أو سراويل ، والطول ، والعرض ، وأن يبين نوع الخياطة ، أهي رومية ، أو فارسية ؟ إلا أن تطّرد العادة بنوع ، فيحمل المطلق عليه .

فرع

من هذا النوع ، الاستئجار لتعليم القرآن ، فليعين السورة والآيات التي يعلّمها ، فان أخلّ بأحدهما ، لم يصح على الاصح . وقيل : لايشترط تعيين واحد منهما ، بل يكفي ذكر عشر آيات مثلاً . وقيل : تشترط السورة دون الآيات . وهل يكفي التقدير بالمدة فيقول : لتعلمني شهراً ؟ وجهان ، قطع الامام والغزالي بالاكتفاء ، وايراد غيرهما يقتضي المنع .

قلت : الاكتفاء أصح وأقوى . والله أعلم

وفي وجوب تعيين قراءة ابن كثير أو نافع أو غيرهما ، وجهان . أصحها : لا ، إذ الامر فيها قريب . قال الامام : وكنت أود أن لايصح الاستئجار للتعليم حتى يختبر حفظ المتعلم ، كما لايصح إيجار الدابة المركوب حتى يعرف حال الراكب ، لكن ظاهر كلام الاصحاب ، أنه لايشترط ، والحديث الصحيح يدل عليه في الذي تزوج على تعليم ما معه من القرآن ، وإنما يجوز الاستئجار لتعليم القرآن إذا كان المتعلم مسلماً ، أو كافراً يرجى إسلامه ، فان لم يرج ، لم يعلّم ، كما لايباع المصحف لكافر ، فلا يصح الاستئجار .

فرع

إذا كان يتعلم الشيء بعد الشيء، ثم ينسى ، فهل على الاجير إعادة تعليمه ؟ فيه أوجه . أحدها : إن تعلم آية ثم نسيها ، لم يجب تعليمها ثانياً ، وإن كان دون آية ، وجب . والثاني : الاعتبار بالسورة . والثالث : إن نسي في مجلس التعلم، وجب إعادته . وإن نسي بعده ، فلا . والرابع : يرجع فيه الى العرف الغالب، وهو الأصح .

فرع

عن القاضي حسين في « الفتاوى » : أن الاستئجار لقراءة القرآن على رأس القبر مدة ، جائز ، كالاستئجار للأذان وتعليم القرآن . واعلم أنّ عَوْد المنفعة إلى المستأجر شرط ، فيجب عَوْدها في هذه الاجارة إلى المستأجر أو ميّته ، فالمستأجر لاينتفع بقراءة غيره . ومعلوم أن الميت لايلحقه ثواب القراءة المجردة ، فالوجه : تنزيل الاستئجار على صورة انتفاع الميت بالقراءة . وذكروا له طريقين . أحدهما : أن يعقب القراءة بالدعاء للميت ، لأن الدعاء يلحقه ، والدعاء بعد القراءة أقرب إجابة وأكثر بركة . والثاني : ذكر الشيخ عبد الكريم السالوسي ، أنه إن نوى القارىء بقراءته أن يكون ثوابها للميت ، لم يلحقه . وإن قرأ ، ثم جعل ما حصل من الأجر له ، فهذا دعاء بحصول ذلك الاجر للميت ، فينفع الميت .

قلت : ظاهر كلام القاضي حسين : صحة الاجارة مطلقاً ، وهو المختار ، فان موضع القراءة موضع بركة ، و[به] تنزل الرحمة ، وهذا مقصود ينفع الميت. والله أعلم

فصل

ومنه الاستئجار للارضاع ، ويجب فيه التقدير بالمدة ، ولا سبيل إلى ضبط مرات الارضاع ، ولا قدر مايستوفيه في كل مرة ، فقد تعرض له الامراض والاسباب الملهية ، ويجب تعيين الصبي ، لاختلاف الغرض باختلافه ، وتعيين موضع الارضاع ، أهو بيته ، أم بيتها.

فصل

ومنه الاستئجار للحج ، وقد ذكرناه في بابه .

فصل

ومنه إذا استأجر لحفر نهر أو بئر أو قناة ،قدَّر ،إما بالزمان،فيقول : تحفر لي شهراً ، وإما بالعمل ،فيقدر الطول والعرض والعمق،ويجب معرفة الارض بالمشاهدة، لتعرف صلابتها ورخاوتها ، ويجب عليه إخراج التراب المحفور . فان انهار شيء من جوانب البئر ، لم يلزمه إخراجه . وإذا انتهى إلى موضع صلب أو حجارة ، نظر، إن كان يعمل فيه المِعْول ، وجب حفره على الاصح ، وبه قال القاضي أبو الطيب. والثاني : لايجب ، وبه قال ابن الصباغ ، لانه خلاف ما اقتضته المشاهدة ، فعلى هذا له فسخ العقد . وإن لم يعمل فيه المعول ،أو نبع الماء قبل وصوله إلى موضع الشروط وتعذر الحق ، انفسخ العقد في الباقي ، ولاينفسخ فيما مضى على المذهب ، فيوزع المسمى على ما عمل ومابقي .

فرع

إذا استأجر لحفر قبر ، بيَّن الموضع والطول والعرض والعمق ، ولا يكفي الاطلاق ، ولا يجب عليه رد التراب بعد وضع الميت فيه .

فصل

ومنه إذا استأجر لضرب اللَّبِن ، قدّر بالزمان أو العمل . وإذا قدر بالعمل، بيَّن العدد والقالب . فان كان القالب معروفاً ، فذاك ، وإلا بيَّن طوله وعرضه وسمكه . وعن القاضي أبي الطيب ، الاكتفاء بمشاهدة القالب . ويجب بيان الموضع الذي يضرب فيه ، ولا يجب عليه إقامتها للجفاف . ولو استأجره لطبخ اللَّبِن فطبخ، لم يجب عليه الاخراج من الأتّون .

فصل

إذا استأجر للبناء ، قدر بالزمان أو العمل ، فان قدر بالعمل ، بيَّن موضعه وطوله وعرضه وسمكه وما يبنى به من اللَّبِن أو الطين أو الآجر . ولو استأجر للتطيين أو التجصيص ، قدره بالزمان ، ولا سبيل إلى تقديره بالعمل ، لأن سمكه لا ينضبط .

فصل

ومنه إذا استأجر كحالاً ليداوي عينه ، قدره بالمدة دون البُرء . فان برأت

عينه قبل تمامها ، انفسخ العقد في الباقي ، ولا يقدر بالعمل ، لان قدر الدواء لاينضبط، ويختلف بحسب الحاجة .

فصل

ومنه إذا استأجر للرعي ، وجب بيان المدة وجنس الحيوان ، ثم يجوز العقد على قطيع معيَّن ، ويجوز في الذمة ، وحينئذٍ وجهان . أصحها عند صاحب « المهذب »: يجب بيان العدد . والثاني وبه قطع ابن الصباغ والروياني : لايجب ، ويحمل على ماجرت العادة أن يرعاه الواحد . قال الروياني : وهو مائة رأس من الغنم تقريباً . فان توالدت ، حكى ابن الصباغ : أنه لايلزمه رعي أولادها إن ورد العقد على أعيانها . وإن كان في الذمة ، لزمه .

فصل

استأجر ناسخاً للكتابة ،بيّن عدد الأوراق والأسطر في كل صفحة ، ولم يتعرضوا للتقدير بالمدة ، والقياس جوازه ، وأن يجب عند تقدير العمل بيان قدر الحواشي ، والقطع الذي يكتب فيه .

فصل

يجوز الاستئجار لاستيفاء الحدّ والقصاص ، ولنقل الميتة إلى المزبلة ، والخمر لتُراقَ ، ولا يجوز لنقل الخمر من بيت إلى بيت ، ولا لسائر المنافع المحرَّمة ، كالزمر والنياحة ، وكما يحرم أخذ الأجرة في هذا ، يحرم إعطاؤها . وإنما يباح الاعطاء

دون الأخذ في موضع ضرورة ، كفكاك الاسير ، وإعطاء الشاعر لئلا يهجو ، والظالم ليدفع ظلمه ، والجائر ليحكم بالحق . وهذه الأمثلة ، مذكورة في باب القضاء .

النوع الثاني : العقار ، ويستأجر لأغراض .

منها : السكنى . فاذا استأجر داراً ، وجب معرفة موضعها ، وكيفية أبنيتها ، وفي الحمام ، يعرف البيوت والبئر التي يستقي منها ماءه ، والقِدْر التي يسخن فيها ، ومبسط القماش ، والأتّون وهو موضع الوقود وما يجمع الأتّون من السّرقين ونحوه ، والموضع الذي يجمع فيه الزبل والوقود ، ومطرح الرماد ، والمستنقع الذي يجتمع فيه الماء الخارج من الحمام . وعلى هذا قياس سائر المسكن . وهذا الذي ذكرناه من اشتراط الرؤية في الحمام ونحوه ، تفريع على منع إجارة الغائب ، فان جوزناها ، لم تعتبر الرؤية ، بل يكفي الوصف والبيان ، ولا يدخل الوقود في بيع الحمام وإجارته ، كما لا تدخل الأُزُر والأسطال والحبل والدلو . قال في « الشامل » : في رؤية قدر الحمام ، يكفي رؤية داخلها من الحمام ، أو ظاهرها من الأتّون . والقياس : على اعتبار الرؤية أن يشاهد الوجهين إذا أمكن ، كما تعتبر مشاهدة وجهَي الثوب .

فرع

ذكر في « شرح المفتاح » أنه لا بد في إجارة الدار من ذكر عدد السكان من الرجال والنساء والصبيان ، ثم لا منع من دخول زائر وضيف ، وإن بات فيها ليالي .

قلت : هذا الاشتراط لا يعرف لغيره . والمختار : أنه لا يعتبر لكن يسكن فيها من جرت العادة به في مثلها ، وهذا مقتضى إطلاق الأصحاب ، فلا عدول عنه .

والله أعلم

فرع

لابد من تقدير هذه المنفعة بالمدة ، وفي تقدير المدة التي يجوز عقد الاجارة عليها ثلاثة أقوال . المشهور والذي عليه جمهور الأصحاب : أنه يجوز سنين كثيرة، بحيث يبقى إليها ذلك الشيء غالباً ، فلا يؤجر العبد أكثر من ثلاثين سنة ،والدابة تؤجر عشر سنين ، والثوب سنتين أو سنة على ما يليق به ، والأرض مائة سنة وأكثر . وقال ابن كج : يؤجر العبد إلى تمام مائة وعشرين سنة من عمره . والقول الثاني : لايجوز أكثر من سنة مطلقاً . والثالث : لايجوز أكثر من ثلاث سنين (١). وحكي وجه : أنه يجوز أن يؤجرها مدة لاتبقى فيها العين غالباً ، لأن الاصل الدوام ، فان هلكت لعارض ، فكانهدام الدار ونحوه . وحكم الوقف في مدة الاجارة حكم الطلق . قال المتولي : إلا أن الحكام اصطلحوا على منع إجارته أكثر من ثلاث سنين لئلا يندرس الوقف ، وهذا الاصطلاح ، غير مطرد . وفي أمالي السرخسي: أن المذهب منع إجارة الوقف أكثر من سنة إذا لم تمس إليه حاجة لعمارة وغيرها، وهو غريب . وإذا جوزنا إجارة أكثر من سنة ، فهل يجب تقدير حصة كل سنة ؟ قولان . أظهرهما : لا ، وتوزّع الأجرة على قيمة منافع السنين ، ومنهم من قطع بهذا .

فرع

إذا قال : أجرتك شهراً ، أو قال : سنة ، صح على الأصح ، وحمل على ما يتصل بالمقد . وقيل : يشترط أن يقول : من الآن . ولو قال : أجرتك شهراً من السنة ، فالعقد باطل قطعاً، للابهام . ولو قال : كل شهر بدرهم من الآن ، فباطل أيضاً على المشهور والصحيح . وقال في «الاملاء» : يصح في الشهر الأول ، وبه قطع الاصطخري .ولو قال:

(١) في هامش الأصل نسخة ، ونسخ الظاهرية : ثلاثين سنة .

كل شهر من هذه السنة بدرهم، لم يصح على الأصح ، وصححه ابن سريج في شهر فقط ، ونقل الامام عن الأصحاب ، أنهم قالوا : إذا قال : بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم ، لم يصح البيع ، لأنه لم يضف إلى جميع الصبرة ، بخلاف مالو قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم ، قال : وكان ينبغي أن يفرّق فيقال : إن قال : بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم ، كان كقوله : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم ، ويصح العقد في الجميع . وإن قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم ، بطل على الاصح ، وعلى قول ابن سريج : يصح في صاع ، وكذلك يفرّق في الاجارة . وقد قال بهذا الشيخ أبو محمد ، فسوّى بين قوله : بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم ، وبين قوله : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم ، فصحح البيع في جميع الصبرة باللفظين .

فرع

مدة الاجارة ، كأجل المسلّم فيه ، في أن مطلق الشهر والسنة يحمل على العربي ، وفي أنه إذا قيد بالعددية ، أو قال : سنة فارسية أو رومية أو شمسية ، كان الاجل ما ذكره ، وفي أن العقد إذا انطبق على أول الشهر ، كان ذلك الشهر ومابعده بالأهلّة . وإن لم ينطبق ، تمم المنكسر بالعدد من الاخير ، ويحسب الباقي بالاهلة. وفي سائر المسائل المذكورة في السلّم ، وفي التأجيل بالشمسية ، وجه : أنه لايصح، وهو شاذ .

فرع

قال : أجرتك شهراً من هذه السنة ، فان لم يكن بقي منها إلا شهر ، صح ، وإن بقي أكثر من شهر ، لم يصح ، قاله المتولي والبغوي .

فصـــل

مما تستأجر له الارض ، البنـاء والغراس والزراعة . فاذا قال : أجرتك هذه الارض،ولم يذكر البناء ولا غيره ، وكانت صالحة للجميع ، لم يصح العقد ،لان منافع هذه الجهات مختلفة ، وضررهـا مختلف ، فوجب التعيين ، كما لو أجر بهيمـة ، لايجوز الاطلاق ، هكذا ذكره الأصحـاب ، وحملوه متفقاً عليه ،حتى احتجوا به لأحد الوجهين في إعارة الأرض مطلقاً ، لكن قدمنا في مسألة إجارة الأرض الـتي لاماء لها ، تصريحهم [١] بجواز الاجارة مطلقاً ،ويشبه أن تكون إجارتها مطلقاً ، على وجهين،

---

(١) في هامش نسخة الظاهرية تجاه كلمة : تصريحهم ، ما نصه :

أي :أواخر الشرط الثالث قبيل قوله : فصل: عرفت ،وحاصل ما ذكره الرافعي هنا أن تصريحهم هناك بجواز الاستئجار مطلقاً من غير بيان جنس المنفعة مفرع على الوجه الذي خرجه من العارية أو مؤول ، وحاصل ما ذكره المؤلف انكار التخريج والاعتراف بالتأويل ، ولم يبينا وجهه ، وله ثلاثة أوجه :

إما أن نفرض ذلك في « أجرتكها لتصنع بها ما شئت » فإنه يصح ، ويصنع ما شاء ، لرضاه به ، ولا يحتاج حينئذ إلى بيان جنس المنفعة .

أو أن اشتراط بيانه معروف مقرر في موضعه ، ويقرره هنا ، فلم يذكره هناك ، إذ الامور الكلية لا تتكرر في الصور الجزئية ، ألا ترى أن الاجرة ركن ، ولم يذكروها في كل صورة صورة .

أو أن الغالب في الاراضي الاستئجار للزراعة ، فاستغني عن ذكرها ، إقامة لقرينة الحال مقام المقال ، حتى لو غلب في أرض الغراس كبعض البساتين فقط ، فينبغي أن يصح الاطلاق فيها ، ويحمل عليه . إذ البناء فقط كالأشجار ،فينبغي أن يصح الاطلاق فيها ويحمل عليه . وإن استوى الثلاثة ، فينبغي البطلان حتى يبين ، ويحمل قولهم :« وهي صالحة » للكل على هذا النوع ، وبهذا يزول الالباس .

وهذا محصل ما ذكره السبكي في شرحه.ومر تأليفه المرسوم بـ«العبر المغدقة في الاجارة المطلقة»،ولم يتعرض لهذا صاحب«المهمات ». وما ذكره، أعني السبكي،فيما إذا غلب الغراس أو البناء، ذكر بعده بنحو ورقة ما يخالفه ، فقال : واتفق الاصحاب على أنه لا يغرس ولا يبني لأن تقدير المدة يأباها،ولأنهما إنما يستحقان بالشرط . ثم قال : وأما القول بجواز إطلاق الاجارة مع تجويزهما ،فلم يقل به أحد . انتهى.

كاعارتها . والأصح : المنع فيها . وما ذكروه في إجارة الأرض التي لا ماء لها ، مفرع على الوجه الآخر أو مؤوّل .

قلت : المذهب ، ما نص عليه الأصحاب في المسائل الثلاث ، فلا تصح الاجارة هنا مطلقاً ، وتصح العاريّة على وجه ، لأن أمرها على التوسعة والارفاق ، فاحتمل فيها هذا النوع من الجهالة كاباحة الطعام ، بخلاف الاجارة ، فانها عقد مغابنة ، فهذا عمدة الأصحاب . وأما مسألة إجارة الأرض التي لا ماء لها ، [فمؤوّلة] .

والله أعلم

[فرع][1]

أجر بيتاً أو داراً ، لا يحتاج إلى ذكر السكنى ، لأن الدار لا تستأجر إلا للسكنى ووضع المتاع فيها ، وليس ضررهما بمختلف ، كذا ذكروه ، ويجوز أن يمنع فيقال : قد تستأجر أيضاً ليتخذها مسجداً ، ولعمل الحدادين والقصارين ، ولطرح الزبل فيها ، وهي أكثر ضرراً ، فما جعلوه مبطلاً في الأرض موجود هنا . فان قيل : ينزل في الدار على أدنى وجوه الانتفاع وهو السكنى ووضع المتاع ، لزم أن يقال في الأرض مثله ، وينزل على الزراعة ، ومقتضى هذا الاشكال ، أنه يشترط في استئجار الدار بيان أنه يستأجر للسكنى أو غيرها ، وقد قال به بعض شارحي « المفتاح »[2] .

فرع

قال : أجرتك هذه الأرض لتنتفع بها بما شئت ، صحت الاجارة ، وله أن

(١) كلمة «فرع» زيادة من مخطوطات الظاهرية ، وليست في الاصل .

(٢) في هامش نسخة الظاهرية ما نصه : وحكاه ابن قدامة في « المغني » عن أبي ثور . اهـ .

يصنع ما شاء، لرضاه ، وهذا هو الأصح ، وبه قطع الامام، والغزالي . وحكى البغوي وجهاً بالمنع ، كبيع عبد من عبيده . ولو قال : أجرتكها للزراعة ، ولم يذكر ما يزرع، أو للبناء أو للغراس وأطلق ، صح على الأصح عند الجمهور ، وبالمنع قال ابن سريج، ونقله ابن كج عن النص في « الجامع الكبير » . ومن جوّز قال : يزرع ماشاء، للاطلاق . وكان يحتمل التنزيل على الأقل . ولو قال : أجرتكها لتزرع ما شئت ، صحت الاجارة ، ويزرع ما شاء ، نص عليه . وعن ابن القطان وجه : أنها فاسدة كبيع عبد من عبيده . ولو قال : أجرتكها لتزرع أو تغرس، لم يصح . ولو قال : إن شئت فازرعها ، وإن شئت فاغرسها ، صح على الأصح ، ويخيَّر المستأجر . ولو قال : أجرتكها فازرعها واغرسها ، أو لتزرعها وتغرسها ، ولم يبين القدر ، فوجهان . أحدهما وبه قال ابن سلمة : يصح وينزل على النصف . وعلى هذا ، فله أن يزرع الجميع، لجواز العدول من الغراس إلى الزرع ، ولا يجوز أن يغرس الجميع . وأصحها: لا يصح، وبه قال المزني ، وابن سريج ، وأبو إسحاق ، لعدم البيان ، بل قال القفال : لو قال: ازرع النصف واغرس النصف ، لم يصح ، لأنه لم يبين المغروس والمزروع ، فصار كقوله : بعتك أحد هذين العبدين بألف والآخر بخمسمائة .

فرع

يشترط في استئجار الأرض للبناء ، بيان موضعه وطوله وعرضه ، وفي بيان قدر ارتفاعه ، وجهان سبقا في كتاب الصلح . أصحها : لا يشترط ، بخلاف ما إذا استأجر سقفاً للبناء .

النوع الثالث : الدواب ، وتستأجر لأغراض . منها : الركوب، وفيه مسائل . إحداها : يشترط أن يعرف المؤجر الراكب ، وطريق معرفته المشاهدة ، كذا

قاله الجمهور . والأصح : أن الوصف التام يكفي عنها . ثم قيل : يصفه بالوزن . وقيل : بالضخامة والنحافة ليعرف وزنه تخميناً .

الثانية : إن كان الراكب مجرداً ليس معه ما يركب عليه ، فلا حاجة إلى ذكر ما يركب عليه ، لكن المؤجِّر يركبه على ما شاء من سرج وإكافٍ وزاملة على مايليق بالدابة . ولمن كان يركب على رحل له ، أو فوق زاملة ، أو في محمل، أو في عماريَّة،أو أراد في غير الابل الركوب على سرج أو إكافٍ،وجب ذكره . وينبغي أن يعرف المؤجر هذه الآلات.فان شاهدها، كفى ،وإلا،فان كانت سروجهم ومحاملهم وما في معناها على قدر وتقطيع لايتفاحش فيه التفاوت، كفى الاطلاق ، وحمل على معهودهم . وإن لم يكن معهود مطرد،اشترط ذكر وزن السرج والاكاف والزاملة ووصفها . هذا هو الصحيح المعروف . وقال الامام : لم يتعرض أحد من الأصحاب لاشتراط ذكر الوزن في السرج والاكاف ، لأنه لايكثر فيها التفاوت. وأما المحمل أو العماريَّة ، ففيها أوجه. أصحها : أن المعتبر فيها المشاهدة،أو الوصف مع الوزن لافادتها التخمين . والثاني : يكفي الوزن أو الصفة . والثالث : لابد من المشاهدة . والرابع : إن كانت محامل خفافاً كالبغدادية ،كفى الوصف ،لتقاربها، وإن كانت ثقالاً كالخرسانية ، اشترطت المشاهدة ، وقال البغوي : تمتحن الزاملة باليد لتعرف خفتها وثقلها، بخلاف الراكب لايمتحن بعد المشاهدة . وينبغي أن يكون المحمل والعماريَّة في ذلك كالزاملة .

فرع

لابد في المحمل ونحوه من الوطاء، وهو الذي يفرش فيه ليجلس عليه، وينبغي أن يعرف بالرؤية أو الوصف،والغطاء الذي يستظل به ويتوقَّى من المطر ، قد يكون

وقد لا يكون ،فيحتاج إلى شرطه. وإذا شرطه ، قال الشيخ أبوحامد وابن الصباغ: يكفي إطلاقه ،لتقارب تفاوته،ويغطيه بجلد أو كساء أو لبْد. وقال ابن كج والمتولي: يشترط رؤيته أو وصفه ، وهو ظاهر النص كالوطاء . لكن إن كان فيه عرف مطرد ، كفى الاطلاق ،وقد يكون للمحمل ظرف من لبود ،أو أدم ، فهو كالغطاء.

الثالثة : إذا استأجر للركوب،وشرط حمل المعاليق وهي السُّفرة،والاداوة ، والقدور ، والقُمقمة ، فان أراها المؤجر،أو وصفها له وذكر وزنها ، صح ،وإلا، فلا تصح الاجارة على المذهب والمنصوص ، ومن صحح ، حمله على الوسط المعتاد. وإن لم يشرط المعاليق ، لم يستحق حملها على الأصح . وقيل : هو كشرطها مطلقاً. وهذا المذكور في السُّفرة والاداوة الخاليتين ، فان كان فيها طعام وماء ، فسيأتي بيانها في الباب الثاني إن شاء الله تعالى.

الرابعة : إن كانت الاجارة على عين الدابة ، اشترط تعيينها ، وفي اشتراط رؤيتها الخلاف في شراء الغائب . وإن كانت في الذمة ، اشترط ذكر جنسها ، أهي من الابل ، أم الخيل ، أم الحمير والبغال ؟ ونوعها ، كالبخاتي والعراب . ويشترط بيان الذكورة والأنوثة على الأصح ، لاختلاف الغرض بذلك ، فان الأنثى أسهل سيراً، والذكر أقوى . ويشترط أن يقول : مهملَج أو بَحْر أو قَطوف ، على الأصح ، لأن معظم الغرض يتعلق بكيفية السير .

الخامسة : إذا استأجر دابة للركوب ، فليبيّنا قدر السير كل يوم ، فاذا بيّنا، حملا على المشروط ، فان زادا في يوم أو نقصا ، فلا جبران ، بل يسيران بعده على الشرط . ولو أراد أحدهما مجاوزة المشروط ، أو النزول دونه لخوف أو خصب ، لم يكن له ذلك ، إلا أن يوافقه صاحبه ، ذكره البغوي . وكان يجوز أن يجعل الخوف عذراً لمن يحتاط ، ويلزم الآخر موافقته .

قلت : هذا الذي قاله البغوي ، ضعيف ، وينبغي أن يقال : إن غلب على الظن حصول ضرر بسبب الخوف ، كان عذراً ، وإلا ، فلا . ولا يتجه غير هذا التفصيل .

والله أعلم

فان لم يبيّنا قدر السير ،وأطلقا العقد ، نظر ، إن كان في ذلك الطريق منازل مضبوطة ، صح العقد وحمل عليها ، وإن لم يكن منازل ،أو كانت والعادة مختلفة ، لم يصح العقد حتى يبينا أو يتمدّر بالزمان . هذا هو الصحيح المعروف الذي اشتملت عليه طرق الأصحاب . وقال أبو إسحاق : إذا اكترى إلى مكة في زماننا، اشترط ذكر المنازل،لأن السير في هذه الازمان شديد . وقال القاضي أبو الطيب :إن كان الطريق مخوفاً ، لم يجز تقدير السير فيه ، لأنه لايتعلق بالاختيار ، وتابعه الروياني على هذا .ومقتضاه ، امتناع التقدير بالزمان أيضاً ، وحينئذٍ يتعذر الاستئجار في الطريق الذي ليس له منازل مضبوطة إذا كان مخوفاً .

فرع

القول في وقت السير ، أهو الليل،أم النهار ؟ وفي موضع النزول في المرحلة ، أهو نفس القرية ،أم الصحراء ؟ وفي الطريق الذي يسلكه إذا كان للمقصد طريقان على ما ذكرناه في قدر السير في أنه يحمل على المشروط أو المعهود .وقد يختلف المعهود في فصلي الشتاء والصيف ،وحالتي الأمن والخوف ، فكل عادة تراعى في وقتها ، ومتى شرطا خلاف المعهود ، فهو المتبع ،لا المعهود .

فصل

مما تستأجر له الدواب الحمل عليها، فينبغي أن يكون المحمول معلوماً ،فان كان حاضراً ورآه المؤجر ، كفى،وإلا فلا بد من تقديره بالوزن ، أو بالكيل إن كان مكيلاً، والتقدير بالوزن في كل شيء أولى وأحصر، ولا بد من ذكر جنسه ،لاختلاف تأثيره . فلو قال : أجرتكها لتحمل عليها مائة رطل مما شئت ، جاز على الاصح، ويكون رضى منه بأضر الاجناس،فلا حاجة حينئذٍ إلى بيان الجنس . وقال صاحب « الرقم » : قال حذّاق المراوزة:إذا استأجر دابة للحمل مطلقاً ، جاز، وجعل راضياً بالاضر ، وحاصله الاستغناء بالتقدير عن ذكر الجنس. هذا في التقدير بالوزن ، أما إذا قدر بالكيل ، فالمفهوم من كلام أبي الفرج السرخسي : أنه لا يغني عن ذكر الجنس وإن قال: عشرة أقفزة مما شئت ، لاختلاف الاجناس في الثقل مع الاستواء في الكيل ، لكن يجوز أن يجعل ذلك رضىً بأثقل الاجناس ، كما جعل في الوزن رضىً بأضر الاجناس .

قلت : الصواب قول السرخسي ، والفرق ظاهر ، فان اختلاف التأثير بعد الاستواء في الوزن ، يسير، بخلاف الكيل ، وأين ثقل الملح من ثقل الذرة ؟ والله أعلم

ولو قال : أجرتكها لتحمل عليها ما شئت ، لم يصح ،بخلاف إجارة الارض ليزرعها ما شاء ، لان الدواب لاتطيق كل ما تحمّل.

فرع

ظروف المتاع وحباله ، إن لم تدخل في الوزن،بأن قال : مائة رطل حنطة ،

أو كان التقدير بالكيل ، فلا بد من معرفتها بالرؤية أو الوصف ، إلا أن يكون هناك غرائر متماثلة اطرد العرف باستعمالها ، فيحمل مطلق العقد عليها . وإن دخلت في قدر المتاع ، بأن قال : مائة رطل حنطة بظروفها، صح العقد . ولو اقتصر على قوله:مائة رطل ،فالاصح :أن الظرف من المائة . والثاني : أنه وراءها ،لانه السابق إلى الفهم . فعلى هذا ،يكون الحكم كما لو قال : مائة رطل من الحنطة ،والمسألة مفرعة على الاكتفاء بالتقدير.وإهمال ذكر الجنس،إما مطلقاً ، وإما[بأن]قال:مائة رطل مما شئت .

فرع

الدابة المستأجرة للحمل ، إن كانت معيَّنة ، فعلى ما ذكرناه في الركوب .وإن كانت الاجارة على الذمة ، لم يشترط معرفة جنس الدابة وصفتها، بخلاف الركوب ، لان المقصود هنا تحصيل المتاع في الوضع المنقول إليه ، فلا يختلف الغرض . لكن لو كان المحمول زجاجاً أو خزفاً وشبهها ،فلا بد من معرفة حال الدابة،ولم ينظروا في سائر المحمولات إلى تعلق الغرض بكيفية سير الدابة بسرعة أو بطء ، وقوة أو ضعف ، وتخلّفها عن القافلة على بعض التقديرات. ولو قيل به ،لم يكن بعيداً. والكلام في المعاليق وتقدير السير ، على ما ذكرناه في الاستئجار المركوب .

فرع

استأجره لحمل هذه الصبرة إلى موضع كذا ، كل صاع بدرهم ، أو صاع منها بدرهم ، وما زاد فبحسابه ، صح العقد كما لو باع كذلك ، بخلاف ما لو قال : أجرتك كل شهر بدرهم ،لأن جملة الصبرة معلومة محصورة ،بخلاف الأشهر .ولو قال:

لتحمل صاعاً منها بدرهم ، على أن تحمل كل صاع منها بدرهم ،أو على أن مازاد فبحسابه ، فوجهان . أصحهما: المنع ، لأنه شرط عقد في عقد . والثاني : الجواز، وتقديره: كل صاع بدرهم . ولو قال: لتحمل هذه الصبرة وهي عشرة آصع ، كل صاع بدرهم ، فان زادت ، فبحسابه ، [صح] العقد في العشرة ، دون الزيادة المشكوك فيها. ولو قال : لتحمل من هذه الصبرة كل صاع بدرهم ، لم يصح على المذهب ، وهو المعروف . وقد سبق في مثله من البيع وجه : أنه يصح في صاع، فيعود هنا .

فصل

ومن الاغراض ، سقي الأرض بادارة الدولاب ،والاستقاء من البئر بالدلو . فان كانت الاجارة على عين الدابة ، وجب تعيينها كما في الركوب والحمل . وإن كانت في الذمة ، لم يجب بيان الدابة ومعرفة جنسها .وعلى التقديرين يعرف المؤجر الدولاب والدلو وموضع البئر وعمقها ، بالمشاهدة ، أو الوصف إن كان الوصف يضبطها ، ويقدر المنفعة ،إما بالزمان ،بأن يقول :لتسقي بهذا الدلو من البئر اليوم ، وإما بالعمل، بأن يقول : لتستقي خمسين دلواً من هذه البئر بهذا الدلو . ولا يجوز التقدير بالأرض ،بأن يقول : لتسقي هذا البستان ،أو لتسقي جريباً منه .

فصل

ومنها : الحراثة ،فيجب أن يعرف المؤجر الأرض ،لاختلافها . وتقدر المنفعة، إما بالزمان ،بأن يقول : لتحرث في هذه الأرض الشهر، وإما بالعمل ،بأن يقول : لتحرث هذه القطعة ، أو إلى موضع كذا منها . وقيل : لايجوز تقدير هذه المنفعة بالمدة ، قاله الشيخ أبو حامد . والصحيح : الأول .ولا بد من معرفة الدابة إن

كانت إجارة عين . وإن كانت في الذمة ، فكذلك إن قدر بالمدة وجوزناه ، لأن العمل يختلف باختلاف الدابة . وإن قدر بالأرض المحروثة ، فلا حاجة إلى معرفتها.

فصل

ومنها : الدّياس ، فيعرف المؤجر الجنس الذي يريد دياسه ، ويقدر المنفعة بالزمان، أو بالزرع الذي يدوسه . والقول في معرفة الدابة ، على ما ذكرناه في الحراثة .

فصل

الاستئجار للطحن كالاستئجار للدياس .

فصل

جملة ما يجب تعريفه في الاجارات ، مما ذكرناه وما لم نذكره، أن ما يتفاوت به الغرض ، ولا يتسامح به في المعاملة ، يشترط تعريفه .

فصل

اختلف الأصحاب في أن المعقود عليه في الاجارة ماذا ؟ فقال أبو إسحاق وغيره: هو العين ليستوفي منها المنفعة ، لأن المنفعة معدومة ،ومورد العقد يجب أن يكون موجوداً ، ولأن اللفظ مضاف إلى العين . ولهذا يقول : أجرتك هذه الدار .وقال الجمهور : ليست العين معقوداً عليها ، لأن المعقود عليه هو مايستحق بالعقد ، ويجوز التصرف فيه ، وليست العين كذلك . فالمعقود عليه ، هو المنفعة ، وبه قال مالك

وأبو حنيفة رضي الله عنهما ، وعليه ينطبق قول جمهور أصحابنا : أن الاجارة تمليك المنافع بعوض ، ويشبه أن لايكون هذا خلافاً محققاً ، لان الاول لايقول :العين مملوكة بالاجارة كالمبيع . ومن قال بالثاني ، لايقطع النظر عن العين .

الباب الثاني
في حكم الاجارة الصحيحة

فيه طرفان .

[الطرف] الأول : فيما يقتضي اللفظ دخوله في العقد وضعاً أو عرفاً ،وما يلزم المتكاربين إتماماً له ، ومسائله مقسومة على الانواع الثلاثة المذكورة في شرط العلم بالمنفعة .

[النوع] الأول : استئجار الآدمي ، وفيه فصلان .

[الفصل] الأول : الاستئجار للحضانة وحدها ، وللارضاع وحده جائز، وكذا لهما معاً كما سبق وذكرنا أن المستحق بالاجارة للارضاع ما هو ؟ وأما الحضانة ، فهي حفظ الصبي وتمهده ، بغسله ، وغسل رأسه وثيابه وخرقه ، وتطهيره من النجاسات ،ودهنه وكحله ، وإضجاعه في مهده ، وربطه وتحريكه في المهد لينام . وإذا أطلق الاستئجار لأحدهما ، ولم ينف الآخر ، ففي استتباعه الآخر ثلاثة أوجه . أصحها : منع الاستتباع. والثاني : إثباته للعادة بتلازمهما . والثالث : يستتبع الارضاع الحضانة ولا عكس . فان أتبعنا فيهما ، أو شرطهما ، فانقطع اللبن ، فثلاثة أوجه مبنية على أن المعقود عليه في هذه الاجارة ماذا ؟ أحدها : أنه اللبن ،والحضانة تابعة ، فعلى هذا ينفسخ العقد بانقطاعه ، والثاني : الحضانة ، واللبن تابع ، فعلى هذا لاينفسخ العقد ، لكن للمستأجر الخيار ، لأنه عيب . وأصحها : المعقود عليه كلاهما ، لأنهما مقصودان . فعلى هذا ، ينفسخ العقد في الارضاع ، ويسقط قسطه من الأجرة . وفي الحضانة قولا تفريق الصفقة ،

ولم يفرّقوا في طرد الأوجه بين أن يصرح بالجمع بينهما ، أو يذكر أحدهما ونحكم باستتباعه الآخر . وحَسَّنَ أن يفرّق فيقال : إن صرح ، فمقصودان قطعاً . وإن ذكر أحدهما ، فهو المقصود ، والآخر تابع .

فرع

يلزم المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدرّ به اللبن ، وللمكتري أن يكلّفها ذلك .

الفصل الثاني : إذا استأجر ورّاقاً ، فعلى من الحبر ؟ فيه ثلاثة طرق . أصحها : الرجوع إلى العادة . فان اضطربت ، وجب البيان ، وإلا ، فيبطل العقد . وأشهرها : القطع بأنه لايجب على الوراق . والثالث : أنه على الخلاف في أن اللبن هل يتبع الحضانة ؟ وإذا أوجبنا على الورّاق ، فهو كاللبن في أنه لايجب تقديره . وإن صرح باشتراطه عليه ، فهو كما لو صرح بالارضاع والحضانة . وإذا لم نوجبه عليه ، فشرط في العقد ، بطل العقد إن لم يكن معلوماً ، وإلا ، فطريقان . أحدهما : يصح العقد ، لأن المقصود الكتابة ، والحبر تابع . والثاني : أنه شراء واستئجار ، وليس الحبر كاللبن ، لامكان إفراده بالشراء . وعلى هذا ، ينظر ، إن قال : اشتريت منك هذا الحبر على أن تكتب به كذا ، فهو كشراء الزرع بشرط أن يحصده البائع . وإن قال : اشتريت الحبر واستأجرتك لتكتب به كذا بعشرة ، فهو كقوله : اشتريت الزرع واستأجرتك لتحصده بعشرة . وإن قال : اشتريت الحبر بدرهم واستأجرتك لتكتب به بعشرة ، فهو كقوله : اشتريت الزرع بعشرة واستأجرتك لتحصده بدرهم ، وحكم الصور مذكور في البيع .

فرع

إذا استأجر الخياط والصباغ وملقّح النخل والكحال ، فالقول في الخيط والصبغ

وطلع النخل والذُّرور ، كما ذكرنا في الحبر . هذا هو المذهب وعليه الجمهور .وقطع الامام وشيخه والغزالي ، بأن الخيط لايجب على الخياط ، لأن العادة الغالبة في الخيط خلاف الحبر والصبغ .

النوع الثاني : العقار ، وهو صنفان ، مبني كالدار والحمام ، وغيرُه .

فالاول : فيه مسألتان .

إحداهما : ماتحتاج إليه الدار المكراة من العمارة ، وهو ثلاثة أضرب . أحدها : مَرَمَّة لاتحتاج إلى عين جديدة ، كاقامة جدار مائل ، وإصلاح منكسر ، وغلق تعسر فتحه . الثاني : مايحوج إلى عين جديدة ، كبناء ، وجذع جديد ، وتطيين سطح ، والحاجة في الضربين لخلل عرض في دوام الاجارة . الثالث : عمارة يحتاج إليها لخلل قارن العقد ، بأن أجر داراً ليس لها باب ولا ميزاب . ولايجب شيء من هذه الأضرب على المستأجر ، بل هي من وظيفة المؤجر ، فان بادر إلى الاصلاح ، فلا خيار للمستأجر ، وإلا ، فله الخيار إذا نقصت المنفعة . حتى لو وَكَفَ البيت لترك التطيين ، قال الأصحاب : له الخيار . فاذا انقطع بطل الخيار ، إلا إذا حدث بسببه نقص . وإنما يثبت الخيار في الضرب الثالث ، إذا كان جاهلاً به في ابتداء الحال . وهل يجبر المؤجر على هذه العمارات ؟ قال جماعة منهم المتولي والبغوي: لايجبر في شيء منها ، لأنه إلزام عين لم يتناولها العقد . وقال الامام والغزالي والسرخسي: يجبر على الضرب الأول ، ولا يجبر على الثالث قطعاً ، ولا على الثاني على الأصح . وقال القاضي حسين وأبو محمد : يجبر توفيراً للمنفعة . ويجري الوجهان فيما إذا غُصبت المستأجرة وقدر المالك على الانتزاع .

قلت : ينبغي أن يكون الصحيح هنا ، وجوب الانتزاع . والله أعلم

ولا شك أنه إذا كان العقد على موصوف في الذمة ، ولم ينتزع ماسلَّمه ، يطالَب

بدله . وحكى الامام تفريعاً على طريقته وجهين ، في أن الدّعامة المانعة من الانهدام إذا احتيج إليها ، من الضرب الأول ، أم من الثاني ؟

فرع

يجب على المكري تسليم مفتاح الدار ، للتمكن من الانتفاع ، بخلاف ما إذا كانت العادة فيه الاقفال ، فانه لايجب تسليم القفل ، لأن الأصل أن لايدخل المنقولات في العقد الواقع على العقار ، والمفتاح تابع للغلق. وإذا سلم ، فهو أمانة في يد المستأجر. فان ضاع بلا تفريط ، فلا شيء عليه ، وإبداله من وظيفة المؤجر ، وهل يطالب به ؟فيه الخلاف السابق في العمارات . فان لم يبدله ، فللمستأجر الخيار .

المسألة الثانية : تطهير الدار عن الكناسة والأتـّون عن الرماد في دوام الاجارة، على المستأجر ، لأنهما حصلا بفعله ، وكسح الثلج عن السطح ، من وظيفة المؤجر ، لأنه كعمارة الدار . فان تركه على السطح وحدث به عيب ، فللمستأجر الخيار . قال الامام : وهل يجب عليه ؟ فيه الخلاف السابق في العمارة . وحكي وجه : أنه لايجب الكسح وإن وجبت العمارة ، لانها تجب لتعود الدار إلى ما كانت . وأما الثلج في عرصة الدار ، فان خف ولم يمنع الانتفاع ، فهو ملحق بكنس الدار .وإن كثف ، فكذلك على الأصح ، وقيل : كتنقية البالوعة ، وفيها خلاف يأتي إن شاء الله تعالى ، لأنه يمنع التردد في الدار .

فرع

يلزم المؤجر تسليم الدار وبالوعتها وحشها فارغان . فان كان مملوءاً ، فللمستأجر الخيار ، وكذا مستنقع الحمام ، وهو الموضع الذي تنصبّ إليه الغسالة . فلو امتلأت

البالوعة والحش والمستنقع في دوام الاجارة ، فهل تفريغهـا على المؤجر تمكيناً من الانتفاع بقية المدة ؟ أم على المستأجر لحصوله بفعله ؟ وجهان . أصحهما : الثاني ،وبه قطع الماوردي وابن الصباغ والمتولي ، كنقل الكناسات . فان تعذر الانتفاع ، فلينق، ولا خيار له على الصحيح . ولا يلزم المستأجر التنقية عند انقضاء المدة ،ولا تفريغ مستنقع الحمام ، ويلزمه التطهير من الكناسة ، وفسروهـا بالقشور وما سقط من الطعام ونحوه ،دون التراب الذي يجتمع بهبوب الرياح ،لأنه بغير فعله ، لكن قد سبق أن ثلج العرصة لايلزم المؤجر نقله ، بل هو كالكناسة ، مع أنه حصل لا بفعله، فيجوز أن يكون التراب أيضاً كالكناسة وإن حصل لا بفعله .

قلت : هذا الاحتمال ضعيف . والصواب : أنـه لايلزم المستأجر نقل التراب كما قاله الأصحاب ، وليس المراد بما سبق في ثلج العرصة أنه يلزم المستأجر نقله ، بل المراد أنه لايلزم المؤجر،فكذا هنا لايلزم واحداً منهما . والله أعلم

قال الامام والغزالي : رماد الأتـّون كالكناسة ، فيجب على المستأجر نقله .وفي « التهذيب » أنه لايجب ،لأنه من صورة استيفاء المنفعة ، بخلاف الكناسة .

فرع

الدار المستأجرة للسكنى ، لايجوز طرح الرماد والتراب في أصـل حائطها ، ولاربط دابة فيها،بخلاف وضع الامتعة.وفي جواز طرح مايسرع [إليه] الفساد[1]وجهان. أصحهما : الجواز ،لأنه معتاد .

الصنف الثاني : الأرض البيضاء . فاذااستأجر أرضاً للزراعة ولها شرب معلوم، فان شرط دخوله في العقد أو خروجه ، اتبع الشرط ،وإلا ،فان اطردت العـادة

(١) في نسخة الظاهرية : مايسرع إليه الفأر .

باتباعه الأرض ، أو انفراده ، انتبعت . وإن اضطربت ، فكانت تكرى وحدها تارة ، ومع الشرب تارة ، فأوجه . أصحها : لايجعل الشرب تابعاً اقتصاراً على مقتضى اللفظ ، إنما يزاد عليه بعرف مطرد . والثاني : يجعل تابعاً . والثالث : يبطل العقد من أصله ، لأن تعارض المقصودين يوجب جهالة .

فصل

استأجر أرضاً لزرع معين، فانقضت المدة ولم يدرك ، فلعدم الادراك فيها أسباب.
أحدها : التقصير في الزراعة، بأن أخرها حتى ضاق الوقت ، أو أبدل الزرع المعين بما هو أبطأ منه ، أو أكله الجراد ونحوه، فزرع ثانياً ، فللمالك إجباره على قلعه ، وعلى الزارع تسوية الأرض كالغاصب ، هذا لفظ البغوي، ومقتضى إلحاقه بالغاصب ، أن يقلع زرعه قبل انقضاء المدة أيضاً ، لكن المتولي وغيره صرّحوا بأنه لايقلع قبل انقضاء المدة ، لأن منفعة الارض في الحال له .
قلت : الصواب ماصرح به المتولي وغيره، وليس مراد البغوي بالحاقه بالغاصب، القلع قبل المدة . **والله أعلم**

فرع

للمالك منعه من زراعة ما هو أبطأ إدراكاً ، وهل له منعه من زراعة الزرع المعين ابتداءً إذا ضاق الوقت ؟ وجهان لانه استحق منفعة الارض تلك المدة ، وقد يقصد القصيل .
قلت : الاصح : أنه ليس له منعه . **والله أعلم**

السبب الثاني : أن يتأخر الادراك لحر أو برد ، أو كثرة المطر ، أو أكل

الجراد رؤوس الزرع، فنبت ثانياً فتأخر لذلك ، فالصحيح أنه لايجبر على القلع ،بل على المالك الصبر إلى الادراك مجاناً أو بأجرة المثل. وقيل : له قلعه مجاناً، لخروجه عن المدة .

السبب الثالث: أن يكون الزرع المعين بحيث لايدرك في المدة ، بأن استأجر لزراعة الحنطة شهرين . فان شرطا القلع بعد المدة ، جاز، وكأنه أراد القصيل . ثم لو تراضيا على الابقاء مجاناً أو بأجرة المثل ،جاز ، فان شرطا الابقاء ، فسد العقد، للتناقض بينه وبين التوقيت ،ولجهالة مدة الادراك ،ويجيء فيه خلاف سنذكره قريباً إن شاء الله تعالى . وإذا فسد العقد ، فللمالك منعه من الزراعة ، لكن لو زرع، لم يقلع مجاناً ، للاذن ، بل يأخذ منه أجرة المثل لجميع المدة . وإن أطلقا العقد ، ولم يتعرضا لقلع ولا إبقاء ، صح العقد على الأصح .فعلى هذا ، إن توافقا بعد المدة على إبقائه مجاناً أو بأجرة ، فذاك . وإن أراد المالك إجباره على القلع ، لم يكن له على الأصح،وهو اختيار القفال ، لأن العادة فيه الابقاء . وعلى هذا ، فالأصح أن له أجرة المثل للزيادة. وقيل : لا ، لأنه في معنى معير الزيادة . وقال أبوالفرج السرخسي : إذا قلنا : لايقلع بعد المدة ، لزم تصحيح العقد إذا شرط الابقاء بعد المدة ، وكأنه صرح بمقتضى الاطلاق ، وهذا حسن . أما إذا استأجر للزراعة مطلقاً وقلنا بالأصح وهو صحته ، فعليه أن يزرع مايدرك في تلك المدة . فان زرعه وتأخر إدراكه لتقصير أو لغيره ، فعلى ماذكرناه في الزرع المعين . ولو أراد أن يزرع مالايدرك في تلك المدة ، فللمالك منعه . فلو زرع ،لم يقلع إلى انقضاء المدة . وقال صاحب « المهذب » يحتمل أن لايمنع من زرعه ، كما لايقلع إذا زرع .

فصل

استأجر للبناء أو الغراس ، فان شرط القلع ، صح العقد ، ولزم المستأجر القلع

بعد المدة ، وليس على المالك أرش النقصان ، ولا على المستأجر تسوية الأرض ولا أرش نقصها ،لتراضيهما بالقلع . ولو شرطا الابقاء بعد المدة ، فوجهان . أحدهما: العقد فاسد ، لجهالة المدة . وهذا أصح عند الامام والبغوي . والثاني : يصح ، لأن الاطلاق يقتضي الابقاء ،فلا يضر شرطه ، وبهذا قطع العراقيون أو جمهورهم ، ويتأيد به كلام السرخسي في مسألة الزرع . فان قلنا بالفساد ، لزم المستأجر أجرة المثل للمدة ، وما بعدها حكمه ماسنذكره فيما إذا أطلقا العقد . أما إذا أطلقا ، فالمذهب صحة العقد . وقيل : وجهان ،وليس بشيء ، ثم ينظر بعد المدة ، فان أمكن القلع والرفع بلا نقص ، فعل ، وإلا ، فان اختار المستأجر القلع ، فله ذلك ،لأنه ملكه. وهل عليه تسوية الحفر وأرش نقص الأرض ؟ وجهان . الأصح المنصوص : يلزمه، لتصرفه في أرض الغير بالقلع بعد خروجها من يده، وتصرفه بغير إذن مالكها .فعلى هذا ، لو قلع قبل [(١)] المدة ، لزمه التسوية على الأصح ، لعدم الاذن . وقيل : لا، لبقاء الأرض[(٢)] في يده وتصرفه . وإن لم يختر القلع ، فهل المؤجر أن يقلعه مجاناً ؟ فيه طريقان . أحدهما : القطع بالمنع . والثاني : على وجهين . أصحهما : هذا، لأنه بناء محترم . والثاني : نعم . فان منعنا ، فالكلام في أن المؤجر ، يتخير بين أن يقلع ويغرم أرش النقص مع نقص الثمار إن كان على الشجر ثمر، أو يتملكه عليه بالقيمة ،أو يبقيه بأجرة يأخذها ، أو لايتخير إلا بين الخصلتين الأوليين من هذه الثلاث ،على ما ذكرناه إذا رجع المعير عن العارية . وإذا انتهى الامر إلى القلع ، فمباشرة القلع أو بدل مؤنته ، هل هي على المؤجر لانه الذي اختاره ، أم على المستأجر لانه شغل الارض فليفرغها ؟ وجهان . أصحهما : الثاني . وإذا عين

---

(١) في الاصل : بعد ، وما أثبتناه من مخطوطات الظاهرية .

(٢) في الاصل : المدة ، وما أثبتناه من مخطوطات الظاهرية .

المؤجر خصلة، فامتنع منها المستأجر ، ففي إجباره ما ذكرناه في إجبار المستعير .فان أجبرناه ، كلف تفريغ الارض مجاناً ، وإلا ، فلا ، بل هو كما لو امتنع المؤجر من الاختيار ، وحينئذٍ هل يبيع الحاكم الارض بما فيها ، أم يعرض عنها ؟ فيه خلاف سبق .

فرع

الاجارة الفاسدة للغراس والبناء كالصحيحة في تخيير المالك ومنع القلع مجاناً .

فصل

إذا استأجر لزراعة جنس معين ، جاز أن يزرعه وما ضرره مثل ضرره أو دونه ، لا مافوقه ،والحنطة فوق ضرر الشعير. وكل واحد من الذرة والارز فوق ضرر الحنطة . وعن البويطي :أنه لايجوز زرع غير المعين ،فقيل : هو قول للشافعي رضي الله عنه . وقيل : هو مذهب للبويطي .وكيف كان ، فالمذهب جوازه . هذا إذا عين جنساً أو نوعاً . فلو قال : أجرتكها لزرع هذه الحنطة ، ففي صحة العقد وجهان . أحدهما : المنع ،لان تلك الحنطة قد تتلف. والثاني : الصحة،وهو اختيار ابن كج ، ولا تتعذر الزراعة بتلف تلك الحنطة .

قلت : الاصح : الصحة ،لانه لايتعذر بتلف الحنطة .ولو تعذر ، لم يكن احتمال التلف مانعاً، كالاستئجار لارضاع هذا الصبي ،والحمل على هذه الدابة .

والله أعلم

ولو قال : لتزرع هذه الحنطة ولا تزرع غيرها ، فأوجه . أحدها : يفسد العقد ، لأنه ينافي مقتضاه . قال ابن كج والروياني : وهذا هو المذهب . والثاني وهو اختيار الامام : صحة العقد وفساد الشرط ، لأنه شرط لا يتعلق به غرض ، فهو كقوله: أجرتك على أن لا تلبس إلا الحرير . والثالث : يصح العقد والشرط ، لأنه يملك المنفعة من المؤجر ، فملك بحسب التمليك .

قلت : الأول أقوى . والله أعلم

وعلى هذا قياس استيفاء سائر المنافع . فاذا استأجر دابة للركوب في طريق، لم يركبها في طريق أحزن [١] منه ، وله ركوبها في مثل ذلك الطريق . وإذا استأجر لحمل الحديد ، لم يحمل القطن ولا العكس ، وإذا استأجر دكاناً لصنعة ، منع مما فوقها في الضرر .

فرع

إذا تعدى المستأجر للحنطة ، فزرع الذرة ، ولم يتخاصما حتى انقضت المدة وحصد الذرة ، فالمذهب ، وهو نصه في « المختصر » وبه قال أبو علي الطبري والقاضي أبو حامد : أن المؤجر بالخيار ، بين أن يأخذ المسمى وبدل النقصان الزائد بزراعة الذرة على ضرر الحنطة ، وبين أن يأخذ أجرة المثل لزرع الذرة . وقال كثيرون: في المسألة قولان . أحدهما [٢] : تعيين أجرة المثل للذرة . والثاني : تعيين المسمى

---

(١) في مخطوطات الظاهرية : أخشن .

(٢) في نسخ الظاهرية : أظهرهما .

وبدل النقص . وقال ابن القطان : قولان . أحدهما : المسمى وبدل النقص .
والثاني : التخيير .

قلت : وهل يصير ضامناً للأرض غاصباً ؟ وجهان حكاهما الشاشي في « المستظهري »
أصحهما : لا . والله أعلم

ولو تخاصما عند إرادته زراعة الذرة ، منع منها ، وإن تخاصما بعد زراعتها وقبل حصادها ، فله قلعها . وإذا قلع ، فان تمكن من زراعة الحنطة ، زرعها ، وإلا ، فلا يزرع ، وعليه الأجرة لجميع المدة ، لأنه الذي فوت مقصود العقد . ثم إن لم تمض على بقاء الذرة مدة تتأثر الأرض بها ، فذاك ، وإن مضت ، فالمستحق أجرة المثل؟ أم قسطها من المسمى مع بدل النقصان ؟ أم يتخير بينهما ؟ فيه الطرق السابقة .
والطرق جارية فيما إذا استأجر داراً ليسكنها ، فأسكنها الحدادين أو القصارين ، أو دابة ليحمل عليها قطناً ، فحمل بقدره حديداً ، أو غرفة ليضع فيها مائة رطل حنطة ، فأبدلها بحديد ، وكذا كل صورة لا يتميز فيها المستحق عما زاد . فلو تميز ، بأن استأجر دابة لحمل خمسين رطلاً ، فحمل مائة ، أو إلى موضع ، فجاوزه ، وجب المسمى وأجرة المثل لما زاد قطعاً . ولو عدل عن الجنس المشروط إلى غيره ، بأن استأجر للزرع ، فغرس ، أو بنى ، وجبت أجرة المثل على المذهب . وقيل بطرد الخلاف . وإذا قلنا بالمذهب في أصل المسألة : إنه يتخير ، فاختار المسمى وبدل النقصان الزائد ، فمثاله أجرة مثلها للحنطة خمسون ، وللذرة سبعون ، وكان المسمى أربعين ، فله الأربعون والتفاوت بين الاجرتين وهو عشرون .

قلت : وإذا حصد المستأجر ما أذن فيه بعد المدة ، لزمه قلع ما يبقى في الأرض من قصب الزرع وعروقه ، لأنه عين ماله ، فلزمه إزالته عن ملك غيره . وممن صرح به ، صاحب « البيان » . والله أعلم

النوع الثالث : استئجار الدواب ،وفيه مسائل .

[المسألة]الاولى:إذا اكترى المركوب، قال الأكثرون: على المؤجر الاكاف والبرْذَعة، والحِزام ، والثَّفَر ، والخطـام ، والبُرة ، لانه لايتمكن من الركوب دونهـا . والعرف مطرد بكونها على المؤجر . وفي السرج إذا اكترى الفرس أوجه . ثالثها: اتباع العادة .

قلت : صحح الرافعي في « المحرر » اتباع العادة . والله أعلم

وقال أبو الحسن العبادي في« الرقم » :لايلزم مكري الدابة إلا تسليمها عارية، والآلات كلها على المستأجر . وقال البغوي : ماعدا السرج والاكاف والبرذعة،فعلى المؤجر . وأما هذه الثلاثة ، فان استأجر عين الدابة، فهي على المستأجر ،ويضمن لو ركب بغير إكاف وسرج . وإن كانت على الذمة ،فعلى المؤجر ،لانها للتمكين من الانتفاع . أما ماهو للتسهيل على الراكب، كالمحمل ،والمظلة ، والوطاء، والغطاء ، والحبل الذي يشد به المحمل على البعير ، والذي يشد به أحد المحملين إلى الآخر ، [فعلى المستأجر ، والعرف مضطرد به ، وفي «المهذب» (١) وجه في الحبـل الذي يشد به أحدهما إلى الآخر أنه على المستأجر ، وهو شاذ بعيد ، مع القطع بأن المحمل وسائر توابعه على المستأجر .وأما شد أحد المحملين إلى الآخـر] ،فهل هو على المكري كالشد على الحمل ؟ أم على المكتري لانه إصلاح ملكه ؟ وجهان .

قلت : أصحهما : الاول . وممن صححه صاحب « البيان » . والله أعلم

هذا إذا أطلقـا العقد ، أما إذا قال : أكريتك هذه الدابة العارية بلا حزام ولا إكاف ولا غيرهما ، فلا يلزمه شيء من الآلات .

---

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : « التهذيب » .

المسألة الثانية : إذا اكترى للحمل ، فالوعاء الذي ينقل فيه المحمول ، على المستأجر إن وردت الاجارة على عين الدابة.وعلى المؤجر إن ورت على الذمة. والدلو والرشاء في الاستئجار للاستقاء كالوعاء في الحمل ،فيفرّق بين العين والذمة. وعن القاضي حسين:أنه إن كان معروفاً بالاستقاء بآلات نفسه ، لزمه الاتيان بها، وهذا يجب طرده في الوعاء. ورأى الامام في إجارة الذمة ، الفرق بين أن يلتزم الغرض مطلقاً ولا يتعرض الدابة فتكون الآلات عليه،وبين أن يتعرض لها بالوصف وحينئذٍ يتبع العادة . فان اضطربت ، احتمل واحتمل . وإذا رأينا اتباع العادة ، فاضطربت ، فالاصح أنه يشترط لصحة العقد التقييد .

قلت : الاصح الذي عليه الجمهور ماسبق. والله أعلم

فرع

مؤنة الدليل وسائق الدابة وقائدها والبذرقة وحفظ المتاع في المنزل، كالوعاء.

المسألة الثالثة :الطعام المحمول ليؤكل في الطريق ،كسائر المحمولات في اشتراط رؤيته أو تقديره بالوزن على الصحيح . وقيل : لايشترط تقديره ،ويحمل الامر فيه على العادة . فعلى الصحيح : لايشترط تقدير مايؤكل منه كل يوم ، لصحة العقد على الصحيح. وإذا قدره وحمله ، فان شرط أنه يبدله كلما نقص،أو لا يبدّله، اتبع الشرط ، وإلا ، فان فني بعضه أو كله بسرقة أو تلف ، فله الابدال كسائر المحمولات . وإن فني بالاكل ، فان فني كله ، أبدله على الصحيح . وإن فني بعضه، أبدله على الاظهر . ويقال : الاصح. وموضع الخلاف ، إذا كان يجد الطعام في المنازل المستقبلة بسعر المنزل الذي هو فيه .أما إذا لم يجده ، أو وجده بأعلى ، فله

الابدال قطعاً . وإذا قلنا : لايشترط تقدير الزاد وحمل مايعتاد لمثله ، لم يبدله حتى يفنى كله ، وفيه وجه ضعيف .

الرابعة : إذا اكترى للركوب في الذمة،لزم المؤجر الخروج مع الدابة لسوقها، وتعهدها ، وإعانة الراكب في الركوب والنزول . وتراعى العادة في كيفية الاعانة. فينيخ البعير للمرأة ، لأنه يصعب عليها النزول والركوب مع قيام البعير ، وكذا إذا كان الرجل ضعيفاً لمرض أو شيخوخة ،أو كان مفرط السمن ،أو نضو الخلق، ينيخ له البعير ، ويقرب البغل والحمار من نَشَز يسهل عليه الركوب ، والاعتبار في القوة والضعف بحال الركوب ، لابحال العقد . وإذا اكترى للحمل في الذمة ، لزم المؤجر رفع الحمل وحطه وشد المحمل وحلّه .وفي شد أحد المحملين إلى الآخر وهما بعدُ على الأرض ، الوجهان السابقان قريباً . ويقف الدابة لينزل الراكب لما لا يتهيأ عليها، كقضاء الحاجة،والوضوء ، وصلاة الفرض . وإذا نزل انتظره المكري ليفرغ منها ، ولا يلزمه المبالغة في التخفيف ، ولا القصر ولا الجمع ، وليس له الابطاء ولا التطويل . قال الروياني : وله النزول في أول الوقت لينال فضله ، ولا يقفها للنوافل والأكل والشرب ، لامكانها على الدابة. وإن ورد العقد على دابة بعينها، فالذي على المؤجر التخلية بين المستأجر وبينها ، وليس عليه أن يعينه على الركوب ولا الحمل . هذا هو المذهب وقول الجمهور في نوعي الاجارة . وحكى الامام مع هذا ، ثلاثة أوجه . أحدها : أنه إن قال في إجارة الذمة : ألزمت ذمتك تبليغي موضع كذا ، لزمه الاعانة . وإن قال : ألزمت ذمتك منفعة دابة صفتها كذا ، لم تلزمه . والثاني : تجب الاعانة على الركوب في إجارة العين أيضاً . والثالث : تجب للحمل في نوعي الاجارة ،لاطراد العادة بالاعانة على الحط والحمل وإن اضطربت في الركوب .ورفع المحمل وحطه كالحمل.

فرع

قال الشافعي رضي الله عنه :إذا اختلفا في الرحلة ،رحل لامكبوباً ولا مستلقياً. قيل :المكبوب أن يجعل مقدَّم المحمل أو الزاملة أوسع من المؤخر ،والمستلقي عكسه. وقيل : المكبوب بأن يضيق المقدم والمؤخر جميعاً ، والمستلقي أن يوسعها جميعاً . وعلى التفسيرين، المكبوب أسهل على الدابة ، والمستلقي أسهل على الراكب . فان اختلفا فيها ، حملا على الوسط المعتدل ، وكذا إذا اختلفا في كيفية الجلوس .

فرع

ليس للمؤجر منع الراكب من النوم في وقته . ويمنعه في غير ذلك الوقت ، لأن النائم يثقل ،قاله ابن كج .

فرع

قد يعتاد النزول والمشي للاراحة ، فان شرطا أن ينزل أو لاينزل ، اتبع الشرط. قال الامام : ويعرض في شرط النزول إشكال ، لانقطاع المسافة ، ويقع في كراء العُقَب . قال : لكن الأصحاب احتملوه للحاجة . وإن أطلقا ، لم يجب النزول على المرأة والمريض . وفي الرجل القوي وجهان ، لتعارض اللفظ والعادة . وهكذا حكم النزول عند العقبات الصعاب.

قلت : قال أصحابنا : وفي معنى المرأة والمريض ، الشيخ العاجز . وينبغي أن يلحق بهم من كانت له وجاهة ظاهرة ، وشهرة يخلُّ بمروءته في العادة المشي . ثم الكلام مفروض في طريق يعتاد النزول فيه لاراحة الدابة . فان لم تكن معتادة ، لم يجب مطلقاً ، ولم نصحح شيئاً من الوجهين في الرجل القوي . وينبغي أن يكون الأصح وجوب النزول عند العقبات ، دون الاراحة . والله أعلم

فرع

إذا اكترى دابة إلى بلد ، فبلغ عمرانه ، فللمؤجر أخذ دابته ، ولايلزمه تبليغه داره . ولو اكترى إلى مكة ، لم يكن له تتميم الحج عليها . وإن اكتراها للحج ، ركبها إلى منى ، ثم عرفات ، ثم المزدلفة ، ثم منى ، ثم مكة لطواف الافاضة . وهل يركبها إلى مكة راجعاً إلى منى للرمي والطواف ؟ وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون أصحها استحقاقه ذلك ، لأن الحج لم يفرغ ، وإن كان قد تحلل . ومن مسائل هذا النوع لو طلب أحد المتكاريين مفارقة القافلة بالتقدم أو التأخر ، لم يكن له إلا برضى صاحبه . والله أعلم

فرع

إذا اكترى دابة بعينها ، فتلفت ، انفسخ العقد ، وإن وجد بها عيباً ، فله الخيار . والعيب ، مثل أن تتعثر في المشي ، أو لاتبصر في الليل ، أو يكون بها عرج تتخلف به عن القافلة . ومجرد خشونة المشي ، ليس بعيب . وإن كانت الاجارة على الذمة ، وسلم دابة وتلفت ، لم ينفسخ العقد . وإن وجد بها عيباً ، لم يكن له الخيار في فسخ العقد ، ولكن على المؤجر إبدالها . ثم الدابة المسلَّمة عن الاجارة في الذمة وإن لم ينفسخ العقد بتلفها ، فانه ثبت للمستأجر فيها حق الاختصاص ، حتى يجوز له إجارتها . ولو أراد المؤجر إبدالها ، فهل له ذلك دون إذن المستأجر ؟ وجهان . أصحها عند الجمهور : المنع ، لما فيها من حق المستأجر . والثاني قاله أبو محمد واختاره الغزالي: إن اعتمد باللفظ الدابة ، بأن قال : أجرتك دابة صفتها كذا ، لم يجز الابدال . وإن لم يعتمدها ، بل قال : التزمت إركابك دابة صفتها كذا ، جاز . ويتفرع على الوجهين

ما إذا أفلس المؤجر بعد تعيين عن إجارة الذمة ، هل يتقدم المستأجر بمنفعتها على الغرماء ؟ وقد ذكرناه في التفليس . والأصح : التقدم . ولو أراد المستأجر أن يعتاض عن حقه في إجارة الذمة ، فان كان قبل أن يتسلم دابة ، لم يجز ، لأنه اعتياض عن المسلَم فيه . وإن كان بعد التسليم ، جاز ، لأن هذا الاعتياض عن حق في عين ، هكذا قاله الأئمة . وفيه دليل على أن القبض يفيد تعلق حق المستأجر بالعين ، فيمتنع الابدال دون رضاه .

فصل

نذكر فيه قولاً جملياً في إبدال متعلقات الاجارة

المنفعة المطلوبة في العقد ، لها مستوفٍ ،ومستوفىً منه،ومستوفىً به،فأما المستوفي وهو مستحق الاستيفاء ، فله أن يبدل نفسه بغيره ، كما يجوز أن يؤجر ما استأجر ، فاذا استأجر دابة للركوب ، فله أن يُركبها مثل نفسه في الطول والقصر والضخامة والنحافة ومن هو أخف منه .وكذلك يلبس الثوب مثله،ويسكن الدار ،دون القصار والحداد، لزيادة الضرر. وكذا إذا استأجر دابة لحمل القطن ، فله حمل الصوف والوبر . أو لحمل الحديد ،فله حمل النحاس والرصاص . وإذا استأجر للحمل ، فأراد إركاب من لايزيد وزنه على القدر المحمول ، قال المتولي : يرجع إلى أهل الصنعة . فان قالوا : لايتفاوت الضرر، جاز ، وإن قالوا : يتفاوت ،لم يجز . وكذا لو استأجر للركوب فأراد الحمل .والاصح: المنع في الطرفين ، وهو مقتضى مافي « التهذيب » .وأما المستوفى منه ، فهو الدار والدابة المعينة ، والاجير المعين ، ولا يجوز إبداله كما لايبدل المبيع . وأما المستوفى به ، فهو كالثوب المعيَّن للخياطة ، والصبي المعيَّن للارضاع والتعليم ، والاغنام المعينة للرعي. وفي إبداله وجهان . ويقال : قولان . أحدهما : المنع . وأصحهما عند الامام والمتولي

الجواز، لأنه كالراكب . والخلاف جارٍ في انفساخ الاجارة بتلف هذه الأشياء في المدة ، وميل العراقيين إلى ترجيح الانفساخ ، وقالوا : هو المنصوص . والثاني : مخرَّج . وسنزيد المسألة إيضاحاً إن شاء الله تعالى في الباب الثالث . ويجري الخلاف فيما إذا لم يلتقم الصبي المعيَّن ثديها ، فعلى رأي ، ينفسخ العقد ، وعلى رأي ، يبدل .

فصل

استئجار الثياب للبس ، والبسط والزلالي للفراش ، واللحف للالتحاف ، جائز . وإذا استأجر ثوباً ليلبسه مدة ، لم يجز أن ينام فيه بالليل . وهل له النوم فيه [في] وقت القيلولة ؟ وجهان . أصحها وبه قطع الأكثرون : جوازه للعادة . لكن لو كان المستأجر القميص الفوقاني ، لزمه نزعه ، بل يلزمه نزعه في سائر أوقات الخلوة ، وإنما تلبس ثياب التجمل في الأوقات التي جرت العادة فيها بالتجمل ، كحالة الخروج إلى السوق ونحوه ، ودخول الناس عليه ، ولا يجوز الاتزار بما يستأجر للبس ، ويجوز الارتداء به على الأصح . قال المتولي : وإذا استأجر للارتداء ، لم يجز الاتزار ، ويجوز التعمم .

قلت : هذا الذي ذكره الامام الرافعي في النوم في الثوب ، هو الذي أطلقه الجمهور ، إلا قوله : هل يجوز النوم في وقت القيلولة ؟ فان الأكثرين قالوا : يجوز النوم فيه بالنهار من غير تقييد بالقيلولة ، ولكن ضبطه الصيمري فقال : إن نام ساعة أو ساعتين ، جاز ، لأنه متعارف . وإن نام أكثر النهار ، لم يجز . قالوا : وإذا استأجر للبس مطلقاً ، فله لبسه ليلاً ونهاراً إذا كان مستيقظاً قطعاً . ولو استأجر للبس ثلاثة أيام ، ولم يذكر الليالي ، فالصحيح دخول الليالي . وقيل : لا تدخل ، حكياه في

« المدة » و « البيان » . وإذا استأجر يوماً كاملاً ، فوقته من طلوع الفجر إلى غروب الشمس . وإن قال : يوماً ،وأطلق ، قال الصيمري : كان من وقته إلى مثله من الغد . وإن استأجر نهار يوم ، قال في « البيان » : فيه وجهان حكاهما الصيمري . أحدهما : من طلوع الفجر إلى غروب الشمس . والثاني : من طلوع الشمس إلى غروبها.

والله أعلم

الطرف الثاني : في بيان حكم الاجارة في الأمانة والضمان . مال الاجارة ، تارة يكون في يد المستأجر ، وتارة في يد الأجير على العمل . وأما المستأجر ،ففيه مسألتان.

إحداهما : يده على الدابة والدار المستأجرتين ونحوهما في مدة الاجارة يد أمانة، فلا يضمن ما تلف منها بغير تعدٍّ وتقصير وهل يضمن ما يتلف في يده بعد مضي المدة ؟ يبنى على أنه هل على المستأجر الردُّ ومؤنته ؟ وفيه وجهان . أصحهما عند الغزالي : لا ، وإنما عليه التخلية بين المالك وبينها إذا طلب ، لأنه أمانة فأشبه الوديعة . وأقربهما إلى كلام الشافعي رضي الله عنه : يلزمه الرد ومؤنته وإن لم يطلب المالك ، لأنه غير مأذون في الامساك بعد المدة ، ولأنه أخذ لمنفعة نفسه ، فأشبه المستعير . قال القاضي أبو الطيب : ولو شرط عليه الرد ، لزمه بلا خلاف ، ومنعه ابن الصباغ وقال : من لايوجبه عليه ، ينبغي أنْ لايجوز شرطه . فان قلنا : لايلزمه الرد ، فلا ضمان . وإن قلنا : يلزمه الرد ، لزمه الضمان ، إلا أن يكون الامساك بعذر .

قلت : صحح الرافعي في « المحرر » أنه لاضمان. والله أعلم

ويترتب على الوجهين ، ضمانه أجرة المنافع التي تتلف في يده بعد المدة . فان ألزمناه الرد، ضمَّنَّاه ، وإلا ، فلا.

قلت : وفي فتاوى الغزالي ، القطع بأن الاجارة إذا انفسخت بسبب ، لايلزم المستأجر ضمان المنافع التالفة عنده ، لأنه أمين ، وهذا محمول على ما إذا علم المالك بأنها انفسخت ، وإلا ، فيجب أن يعلمه . وإذا لم يُعلمه، كان مقصراً ضامناً . والله أعلم

ولو غُصبت الدابة المستأجره مع دواب الرفقة ، فذهب بعضهم في الطلب ، ولم يذهب المستأجر ، فان قلنا : لايلزمه الرد ، فلا ضمان عليه . وإن ألزمناه ، فان استرد مَن ذهب بلا مشقة ولا غرامة ، ضمن المستأجر المتخلف . وإن لحقه غرامة ومشقة ، لم يضمن ، قاله الشيخ أبو عاصم العبادي .

فرع

لو استأجر قِدراً مدة ليطبخ فيها ، ثم حملها بعد المدة ليردها ، فسقط الحمار فانكسرت، قال أبو عاصم : إن كان لا يستقلُّ بحملها ، فلا ضمان . وإن كان يستقل ، فعليه الضمان، سواء ألزمناه الرد ، أم لا ، لأن العادة أن القدر لا ترد بالحمار مع استقلال المستأجر أو حمال بها .

المسألة الثانية : الدابة المستأجرة للحمل أو الركوب ، إذا ربطها المستأجر ولم ينتفع بها في المدة ، فالقول في استقرار الأجرة عليه ، سيأتي إن شاء الله تعالى ، ولا ضمان عليه لو ماتت في الاصطبل . فلو انهدم عليها فهلكت به ، نظر، إن كان المعهود في مثل ذلك الوقت لو خرج بها أن يكون في الطريق ، وجب عليه ضمانها . وإن كان المعهود في مثل ذلك الوقت أن يكون تحت السقف ، كجنح الليل في الشتاء ، فلا ضمان .

فصل

وأما المال في يد الأجير ، كالثوب إذا استؤجر لخياطته أو صبغه أو قصارته، والعبد إذا استؤجر لتعليمه أو لرضاعه ، والدابة إذا استؤجر لرياضتها . فاذا تلف والأجير منفرد باليد ،فهو،إما أجير مشترك ،وإما منفرد . والمشترك :هو الذي يتقبّل العمل في ذمته ، كما هو عادة الخياطين والصواغين . فاذا التزم لواحد ،أمكنه أن يلتزم لغيره مثل ذلك العمل ،فكأنه مشترك بين الناس. والمنفرد : هو الذي أجر نفسه مدة مقدرة لعمل ،فلا يمكنه تقبّل مثل ذلك العمل لغيره في تلك المدة. وقيل : المشترك :هو الذي شاركه في الرأي فقال : اعمل في أي موضع شئت. والمنفرد :هو الذي عين عليه العمل وموضعه .أما المشترك ، فهل يضمن ماتلف في يده بلا تعدّ ولا تقصير ؟ فيه طريقان . أصحها : قولان . أحدهما : يضمن كالمستعير والمستام . وأظهرهما : لايضمن كعامل القراض . والثاني : لايضمن قطعاً. وأما المنفرد ، فلا يضمن على المذهب ، وقطع به جماعة . أما إذا لم يكن الأجير منفرداً باليد ، كما إذا قعد المستأجر عنده حتى عمل ، أو حمله إلى بيته ليعمل ، فالمذهب وبه قطع الجمهور : لاضمان ، لأن المال غير مسلم إليه حقيقة ، وإنما استعان به المالك ، كالاستعانة بالوكيل . وعن الاصطخري والطبري ، طرد القولين . وحيث ضمنا الأجير ، فالواجب أقصى قيمة من القبض إلى التلف ، أم قيمة يوم التلف ؟ فيه وجهان .

قلت : أصحها : الثاني . والله أعلم

هذا كله إذا لم يتعد الأجير ، فان تعدى،وجب الضمان قطعاً،وذلك مثل أن

يسرف على الخبز في الايقاد ويلصق الخبز قبل وقته ، أو يتركه في التنور فوق العادة حتى يحترق ، أو ضرب على التأديب والتعليم الصبيّ فمات ، لأن تأديبه بغير الضرب ممكن . ومتى اختلفا في التعدي ومجاوزة الحد، عملنا بقول عدلين من أهل الخبرة ،فان لم نجدهما ، فالقول قول الأجير . ومتى تلف المال في يده بعد تعديه ، فالواجب أقصى قيمة من وقت التعدي إلى التلف إن لم يضمن الأجير . فان ضمناه، فأقصى قيمة من القبض إلى التلف، كذا ذكره البغوي وغيره . ويشبه أن يكون هذا جواباً على قولنا: يضمن بأقصى قيمة من القبض إلى التلف . فأما إن قلنا : يضمن قيمة يوم التلف ، فينبغي أن يجب هنا أقصى قيمة من التعدي إلى التلف .

قلت : هذا الاستدراك الذي ذكره الامام الرافعي ، متعيّن لابد منه .

والله أعلم

فرع

قال الأصحاب : إذا حجمه أو ختنه فتلف ، إن كان المحجوم والمختون حراً، فلا ضمان ،لأنه لاتثبت اليد عليه . وإن كان عبداً ، نظر في انفراد الحاجم باليد وعدم انفراده ، وأنه أجير مشترك ،أم لا؟وحكمه ماسبق . والمذهب : أنه لاضمان مطلقاً إذا لم يفرط . وكذا البيطار إذا بزغ الدابة فتلفت ، والراعي المنفرد كذلك ، فلا ضمان عليهما على المذهب، ولو اكتراه ليحفظ متاعه في دكانه فتلف ، فلا ضمان [قطعاً] ،لأن المال في يد المالك .

فصل

إذا دفع ثوباً إلى قصار ليقصره ، أو خياط ليخيطه ، أو جلس بين يدي

حلاق ليحلق رأسه ، أو دلاك ليدلكه، ففعل ،ولم يجر بينهما ذكر أجرة ولا نفيها، فيه أوجه.أصحها وهو المنصوص:لا أجرة له مطلقاً ، لأنه لم يلتزم،وصار كما لو قال : أطعمني خبزاً ، فأطعمه ، لاضمان عليه . والثاني : يستحق أجرة المثل . والثالث : إن بدأ المعمول له فقال : افعل كذا ، لزمه الأجرة . وإن بدأ العامل فقال : أعطني ثوباً لأقصره ، فلا أجرة .والرابع : إن كان العامل معروفاً بذلك العمل وأخذ الأجرة عليه، استحق الاجرة للعادة ،وإلا ، فلا . ولو دخل سفينة بغير إذن صاحبها ،وسار إلى الساحل ، لزمه الأجرة . وإن كان بالاذن ولم يجر ذكر الأجرة ، فعلى الاوجه .وإذا لم نوجب الاجرة ، فالثوب أمانة في يد القصار ونحوه . وإن أوجبناها ، فوجوب الضمان على الخلاف في الاجير المشترك .

فرع

فيما يأخذه الحمامي أوجه . أحدها : أنه ثمن الماء ، وهو متطوع بحفظ الثياب وإعارة السطل ، فعلى هذا ، الثياب غير مضمونة على الحمامي ، والسطل مضمون على الداخل . والثاني : أنه ثمن الماء وأجرة الحمام والسطل . وأصحها : أنه أجرة الحمام والسطل والازار وحفظ الثياب . وأما الماء،فغير مضبوط ، ولا يقابل بعوض. فعلى هذا ، السطل غير مضمون على الداخل ، والحمامي أجير مشترك في الثياب، فلا يضمن على المذهب كسائر الاجراء ، وإنما وجبت الاجرة هنا قطعاً وإن لم يجر لها ذكر ولم يطرد فيه الخلاف،لان الداخل مستوف منفعة الحمام بسكونه ، وهناك صاحب المنفعة صرفها .

فصـــل

إذا عمل الاجير ، ثم تلفت العين التي عمل عليها ، نظر ، إن لم يكن منفرداً باليد، بل عمـل في ملك المستأجر ، أو في حضرته ، لم تسقط أجرته . وإن كان منفرداً باليد ، بأن سلم الثوب إلى قصار فقصره ، ثم تلف عنده ، بني على الخلاف السابق في باب التفليس ، أن القصارة عين ، أم أثر ؟ فان قلنا : أثر ، لم تسقط الاجرة ، ثم إن ضمنا الاجير ، فعليه قيمة ثوب مقصور ، وإلا ، فلا شيء عليه . وإن قلنا: عين ، سقطت أجرته وعليه قيمة ثوب غير مقصور إن ضمنا الاجير أو وجد منه تعدٍّ ، وإلا ، فلا شيء عليه . وإن أتلف أجنبي الثوب المقصور ، فان قلنا : القصارة أثر ، فللأجير الاجرة ، وعلى الاجنبي القيمة . ثم المستأجر على قول تضمين الاجير ، يتخير بين مطالبة الاجير والاجنبي،والقرار على الاجنبي .وإن قلنا :عين ، جاء الخلاف فيما إذا أتلف أجنبي المبيع قبل القبض. فان قلنا : ينفسخ العقد ، فهو كما لو تلف ، وإلا ،فللمستأجر الخيار في فسخ الاجارة وإجازتها . فان أجاز ولم يضمن الاجير ، استقرت [له] الاجرة ، والمستأجر يغرِّم الاجنبي قيمة ثوب مقصور . وإن ضمناه ، فالمستأجر بالخيار، إن شاء ضمن الاجنبي قيمة ثوب مقصور ، وإن شاء ضمن الاجنبي قيمة القصارة ، والاجيرَ قيمة ثوب غير مقصور ، ثم الاجير يرجع على الاجنبي . وإن فسخ الاجارة، فلا أجرة عليه ويغرم الاجنبي قيمة ثوب غير مقصور . وإن ضمَّنّا الاجير ، غرَّم القيمة من شاء منهما، والقرار على الاجنبي ، ويغرِّم الاجنبيُّ الاجير قيمة القصارة . ولو أتلف الاجير الثوب ، فان قلنا : القصارة أثر ، فله الاجرة ، وعليه قيمة ثوب مقصور . وإن قلنا : عين ، جاء الخلاف في أن إتلاف البائع كالآفة السماوية ،أم كاتلاف الأجنبي ؟ إن قلنا : كالآفة ، فالحـكم ماسبق . وإن قلنا : كالأجنبي ، وأثبتنا للمستأجر الخيار ، فان فسخ الاجارة ، سقطت الأجرة ، وعلى الأجير قيمة ثوب غير مقصور .

وإن أجازها ، استقرت الأجرة ، وعليه قيمة ثوب مقصور . وصبغ الثوب بصبغ صاحب الثوب كالقصار . وإن استأجره ليصبغ بصبغ من عنده ، قال المتولي : هو جمع بين البيع والاجارة ، ففيه الخلاف المعروف . وسواء صح ، أم لم يصح ، فاذا هلك الثوب عنده ، سقطت قيمة الصبغ . وسقوط الأجرة على ما ذكرنا في القصارة .

فرع

سلّم ثوباً إلى قصار ليقصره ، فجحده ثم أتى به مقصوراً ، استحق الأجرة إن قصره ثم جحد ، [وإن جحد] ثم قصره ، فوجهان ، لأنه عمل لنفسه .

قلت : ينبغي أن يكون أصحها : الفرق بين أن يقصد بعمله لنفسه فلا أجرة ، أو يقصد عمله عن الاجارة الواجبة فيستحق الاجرة . والله أعلم

فصل

المستأجر يضمن بالتعدي ، بأن ضرب الدابة أو كبحها فوق العادة ، وعادة الضرب تختلف في حق الراكب ، والرائض ، والراعي ، فكلٌ يراعى فيه عادة أمثاله ، ويحتمل في الأجير للرياضة والرعي مالا يحتمل في المستأجر المركوب . وأما الضرب المعتاد ، إذا أفضى إلى تلف ، فلا يوجب ضماناً ، ويخالف ضرب الزوج زوجته ، فانه مضمن ، لأنه يمكن تأديبها بغير الضرب . ولو نام بالليل في الثوب الذي استأجره ، أو نقل فيه التراب ، أو ألبسه عصاراً ، أو دباغاً ، أو غيرهما ممن هو دون حاله ، أو أسكن الدار قصاراً أو حداداً أو غيرهما ممن هو أشد ضرراً منه ، أو أركب

الدابة أثقل منه ، وجب الضمان ، وقراره على الثاني إن كان عالماً ، وإلا ، فعلى الأول .
وإن أركبها مثله ، فجاوز العادة في الضرب ، فالضمان على الثاني دون الأول ، لأنه
لم يتعد . ولو اكترى لمائة رطل حديد ، فحمل مائة من القطن أو التبن ،أو بالعكس،
أو مائة رطل حنطة ،فحمل مائة[رطل]شعير أو عكسه ،ضمن،لأن الشعير أخف،ومأخذه
من ظهر الدابة أكثر ، والحنطة يجتمع ثقلها في موضع واحد ، وكذا القطن والحديد.
ولو اكترى لعشرة أقفزة حنطة ، فحمل عشرة شعيراً ، لم يضمن ، لأنَّ قدرهما في
الحجم سواء ، والشعير أخف ، وبالعكس يضمن . ولو اكترى ليركب بسرج ، فركب
بلا شيء أو عكسه ، ضمن ، لأن الأول أضر بالدابة ، والثاني زيادة على الشروط .
ولو اكترى ليحمل عليها بالاكاف ،فحمل بالسرج ، ضمن ، لأنه أشق عليها،وبالعكس
لايضمن ، إلا أن يكون أثقل . ولو اكترى ليركب بالسرج ، فركب بالاكاف ، ضمن،
وبالعكس لايضمن ، إلا أن يكون أثقل ، وقس على [هذا] أشباهه .

فرع

لو اكترى دابة لحمل مقدار سمّاه ، فكان المحمول أكثر ، نظر ، إن كانت
الزيادة بقدر مايقع من التفاوت بين الكيلين من ذلك المبلغ ، فلا عبرة بها، وإن
كانت أكثر ، بأن كان المشروط عشرة آصع ،والمحمول أحد عشر ، فللمسألة
ثلاثة أحوال .

أحدها : إذا كال المستأجر الطعام،وحمله هو عليها ، فعليه أجرة المثل لما زاد
على المشهور ، وفي قول :عليه أجرة المثل للجميع . وفي قول : يتخير بين المسمى
وما دخل الدابة من نقص وبين أجرة المثل . وفي قول : يتخير بين المسمى وأجرة
المثل للزيادة وبين أجرة المثل للجميع.فلو تلفت البهيمة بالحمل ، فان انفرد المستأجر
باليد،ولم يكن معها صاحبها ، فعليه ضمانها ، لأنه صار غاصباً ، وإن كان معها صاحبها ، فهل

يلزمه كل القيمة ،أم نصفها ،أم قسط الزيادة من جملة القيمة ؟ فيه أقوال.اظهرها: الثالث ،ورجحه الامام وغيره . وعن الشيخ أبي محمد، أن الثاني أظهر . ولو تلفت الدابة بسبب غير الحمل ، ضمن عند انفراده باليد ،ولم يضمن إذا لم ينفرد .و[أما] إذا لم يحمل المستأجر الطعام بنفسه،ولكنه كاله وسلمه إلى المؤجر،فحمله المؤجر على البهيمة، فان كان المؤجر جاهلاً بالحال،بأن قال له : هو عشرة كاذباً ، وجب الضمان على المذهب ، كما لو حمل بنفسه . وقيل: قولان،لاجتماع الغرور والمباشرة . وإن كان عالماً بالزيادة ، نظر ، إن لم يقل له المستأجر شيئاً ، ولكن حمله المؤجر ، فحكمه ما يأتي في الحال الثاني ،لأنه حمل بغير إذن صاحبه ، ولا فرق بين أن يضعه المستأجر على الأرض فيحمله المؤجر على البهيمة ، وبين أن يضعه على ظهر الدابة وهي واقفة فيسيرها المؤجر . وإن قال المستأجر : احمل هذه الزيادة ، فأجابه ، قال المتولي : هو مستعير للبهيمة في الزيادة ، فلا أجرة لها ، وإذا تلفت البهيمة بالحمل ، فعليه الضمان . وفي كلام الائمة ما ينازعه في الاجرة والضمان جميعاً .

الحال الثاني : إذا كال المؤجر وحمله على البهيمة ، فلا أجرة لما زاد، سواء غلط أو تعمد ، وسواء جهل المستأجر الزيادة أو علمها وسكت ، لانه لم يأذن في نقل الزيادة ، فلا يجب عليه ضمان البهيمة، وله مطالبة المؤجر برد الزيادة إلى الموضع المنقول منه ، وليس للمؤجر أن يردها دون رضاه. فلو لم يعلم المستأجر حتى عاد إلى البلد المنقول منه ، فله مطالبة المؤجر بردها . والاظهر أو الاصح : أن له مطالبته ببدلها في الحال ، كما لو أبق المغصوب من يد الغاصب . والثاني : لايطالبه ببدلها، لان عين ماله باقية ، وردها مقدور عليه. فاذا قلنا بالاول ، فغرم البدل ، فاذا ردها إلى ذلك البلد ، استرد البدل وردها إليه. أما لو كالَ المؤجر،وحمله المستأجر على البهيمة ، قال المتولي : إن كان المؤجر عالماً بالزيادة ، فهو كما لو كال بنفسه وحمل،

لانه لما علم بالزيادة كان من حقه أن لايحملها . وإن كان جاهلاً ، فوجهان مأخوذان مما لو قدم الطعام المغصوب إلى المالك فأكله جاهلاً ، هل يبرأ من الضمان ؟

الحال الثالث : إذا كالَ أجنبي وحمل بلا إذن ، فعليه أجرة الزيادة للمؤجر ، وعليه الرد إلى الوضع المنقول منه إن طالبه المستأجر، وضمان البهيمة على ما ذكرناه في حق المستأجر . وإن تولى الحمل بعد كيل الاجنبي أحدُ المتكاريين ، نُظر،أعالم هو،أم جاهل؟ويقاس بما ذكرناه.هذا كله إذا اتفقا على الزيادة ، وعلى أنها للمستأجر، فان اختلفا في أصل الزيادة ، أو قدرها،فالقول قول المنكر . وإن ادعى المؤجر أن الزيادة له ، والدابة في يده ، فالقول قوله . وإن لم يدّعها واحد منهما ، تركت في يد من هي في يده حتى يظهر مستحقها ، ولا يلزم المستأجر أجرتها .

فرع

لو وجد المحمول على الدابة دون المشروط ، نظر ، إن كان النقص بقدر ما يقع من التفاوت بين الكيلين ، فلا عبرة به ، وإن كان أكثر ، قال المتولي : إن كالَ المؤجر ، حُطّ من الأجرة بقسطه إن لم يعلم المستأجر . فان علم ، فان كانت الاجارة في الذمة ، فكذلك ، لأنه لم يف بالمشروط . وإن كانت إجارة عين ، فالحكم كما لو كال المستأجر بنفسه ونقص ، فلا يُحَطّ شيء من الأجرة ،لأن التمكين من الاستيفاء قد حصل ، وذلك كافٍ في تقرر الأجرة .

فرع

اكترى اثنان دابة وركباها ، فارتدفها ثالث بغير إذنهما ، فتلفت ، ففيما يلزم المرتدف

ثلاثة أوجه. أحدها : نصف القيمة . والثاني : ثلثها . والثالث : تقسط على أوزانهم، فيلزمه حصة وزنه .

قلت : أصحها : الثاني . قال الشيخ أبو حامد وغيره : لو سخر رجلاً مع بهيمته، فتلفت البهيمة في يد صاحبها ، لم يضمنها المسخِّر ، لأنها في يد صاحبها . والله أعلم

فصل

إذا دفع ثوباً إلى خياط ليقطعه ويخيطه ، فخاطه قباءً ، ثم اختلفا ، فقال الخياط: أمرتني بقباء ، وقال : بل أمرتك بقميص ، أو سوّد الثوب بصبغ وقال : هكذا أمرتني ، فقال : بل أمرتك بصبغه أحمر ، ففيه خمسة طرق .

أصحها وبه قال الأكثرون : في المسألة قولان . أظهرهما عند الجمهور : أن القول قول المالك . والثاني : القول قول الخياط والصباغ .

والطريق الثاني : فيه ثلاثة أقوال . هذان ، والثالث : أنهما يتحالفان .

والطريق الثالث : قولان . تصديق المالك ، والتحالف .

والرابع : القطع بالتحالف ، قاله أبو علي الطبري ، وصاحب « التقريب » ، والشيخ أبو حامد .

والخامس : عن ابن سريج، إن جرى بينهما عقد ، تعين التحالف ، وإلا ، فالقولان الأولان . فان قلنا : القول قول الخياط ، فاذا حلف ، لا أرش عليه قطعاً ، ولا أجرة له على الأصح . والثاني : يجب له المسمى إتماماً لتصديقه . والثالث : أجرة المثل . فاذا قلنا : لا أجرة له بيمينه ، فله أن يدعي الأجرة على المالك ، ويحلّفه ، فان نكل ، ففي تجديد اليمين عليه وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون أصحها : التجديد، وهذه قضية مسأنفة . والله أعلم

وإن قلنا : القول قول المالك . فاذا حلف ، فلا أجرة عليه ، ويلزم الخياط أرش النقص على المذهب . وقيل : فيه وجهان كما في وجوب الاجرة تفريعاً على تصديق الخياط . والفرق على المذهب : أن القطع يوجب الضمان ، إلا أن يكون باذن ، وهو غير موجب أجرة إلا باذن . ثم في الأرش الواجب وجهان . أحدهما : ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً . والثاني : ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً ومقطوعاً قباءً . وعلى هذا إن لم ينقص ، فلا شيء عليه . وعلى الثاني : في استحقاقه الأجرة للقدر الذي يصلح للقميص من القطع ، وجهان . قال ابن أبي هريرة : نعم ، وبه قطع البغوي، وضعفه ابن الصباغ ، لأنه لم يقطعه للقميص .

قلت : المنع أصح ، ونقله صاحب « البيان » عن نص الشافعي رضي الله عنه . والله أعلم

وإذا قلنا : يتحالفان ، فحلفا ، فلا أجرة للخياط قطعاً ، ولا أرش عليه على الأظهر . وإذا أراد الخياط نزع الخيط ، لم يمكَّن منه حيث حكمنا [له] بالأجرة، سواء كان الخيط للمالك أو من عنده ، لأنه تابع للخياطة . وحيث قلنا : لا أجرة ، فله نزع خيطه كالصبغ . وحينئذٍ لو أراد المالك أن يشد بخيطه خيطاً ليدخل في الدروز إذا خرج الأول ، لم يكن له إلا برضى الخياط . وأما كيفية اليمين ، فقال في «الشامل»: إن صدقنا الخياط ، حلف بالله : ما أذنت لي في قطعه قميصاً ، ولقد أذنت لي في قطعه قباءً ، قال : وإن صدقنا المالك ، كفاه عندي أن يحلف : ما أذنتُ له في قطعه ، ولا حاجة إلى التعرض ، لأن وجوب الغرم وسقوط الأجرة يقتضيها نفي الاذن في القباء . وإن قلنا بالتحالف ، جمع كل واحد في يمينه بين النفي والاثبات كما سبق في البيع.

[قال ابن كج : والكلام في البداءة بمن ؟ هو كما سبق في البيع] ، والمالك هنا في رتبة البائع .

قلت : وقال الشيخ أبوحامد : إذا صدقنا الخياط ، حلف : لقد أذنت لي في قطعه قباءً فقط . فان لم نثبت للخياط أجرة ، فهذا أصح من قول صاحب « الشامل» لان هذا القدر كافٍ في نفي الغرم عنه . وإن أثبتناها ، فقول صاحب « الشامل » هو الصواب. والله أعلم

فرع

قال للخياط : إن كان هذا الثوب يكفيني قميصاً فاقطعه ، فقطعه فلم يكفه ، ضمن الأرش ، لأن الاذن مشروط بما لم يوجد . وإن قال : هل يكفيني قميصاً ، فقال: نعم ، فقال : اقطعه ، فقطعه فلم يكفه ، لم يضمن ، لأن الاذن مطلق .

فصل

اختلاف المتكاريين في الأجرة أو المدة أو قدر المنفعة ، هل هي عشرة فراسخ ، أم خمسة ، أم كل الدار ، أم بيت منها ؟ يوجب التحالف ، فاذا تحالفا ، فسخ العقد ، وعلى المستأجر أجرة المثل لما استوفاه .

الباب الثالث

في الطوارىء الموجبة للفسخ

فالفسخ والانفساخ ، يثبت بخلل يعرض في المعقود عليه، وهو ثلاثة أقسام .

إحداها : ما ينقص المنفعة . ومتى ظهر بالمستأجرة نقص تتفاوت به الاجرة ، فهو عيب مثبت للفسخ، وذلك كمرض العبد والدابة ، وانقطاع ماء البئر وتغيره بحيث يمنع الشرب ، وانكسار دعائم الدار واعوجاجها ، وانهدام بعض جدرانها ،لكن لو بادر المؤجر إلى الاصلاح ،وكان قابلاً للاصلاح في الحال ، سقط خيار المستأجر كما سبق . وسواء كان العيب سابقاً للعقد أو القبض ،أو حادثاً في يد المستأجر. ثم إن ظهر العيب قبل مضي مدة لها أجرة ، فان شاء فسخ ولا شيء عليه ،وإن شاء أجاز بجميع الاجرة . وإن ظهر في أثناء المدة ، فالوجه ما ذكره المتولي وهو أنه إن أراد الفسخ في جميع المدة ، فهو كما لو اشترى عبدين فتلف أحدهما ، ثم وجد بالباقي عيباً وأراد الفسخ فيهما . وإن أراد الفسخ فيما بقي من المدة ، فهو كمالو أراد الفسخ في العبد الباقي وحده ، وحكمها مذكور في البيع . وأطلق الجمهور القول بأن له الفسخ ،ولم يذكروا هذا التفصيل . ومتى امتنع الفسخ ، فله الارش، فيعرف أجرة مثله سليماً ومعيباً ،ويعرف التفاوت بينهما. هذا كله في إجارة العين. أما إذا وجد في إجارة الذمة بالدابة المسلَّمة عيباً،فلا فسخ ،بل يردها ويلزم المؤجر إبدالها.

فصل

لاتنفسخ الاجارة بالأعذار ، سواء كانت إجارة عين أو ذمة ، وذلك كما إذا

استأجر دابة للسفر عليها فمرض، أو حانوتاً لحرفة فندم[1] أو هلكت آلات تلك الحرفة، أو حماماً فتعذر الوقود، وكذا لو كان العذر للمؤجر، بأن مرض وعجز عن الخروج مع الدابة، أو أكرى داره وأهله مسافرون، فعادوا واحتاج إلى الدار، أو تأهل، فلا فسخ في شيء منها، إذ لاخلل في المعقود عليه. ولو اكترى أرضاً للزراعة، فزرعها، فهلك الزرع بجائحة من سيل أو شدة حر أو برد أو كثرة مطر ونحوها، فليس له الفسخ ولا حط شيء من الأجرة، لان الجائحة لحقت زرع المستأجر، لامنفعة الارض، فصار كما لو اكترى دكاناً لبيع البز فاحترق بزُّه، لاتنفسخ الاجارة. فلو فسدت الارض بجائحة أبطلت قوة الانبات في مدة الاجارة، انفسخت الاجارة في المدة الباقية. ثم إن كان فساد الارض بعد فساد الزرع، فهل يسترد شيئاً من الاجرة؟ فيه احتمالان للامام. أصحهما عند الغزالي: المنع، لانه لو بقيت صلاحية الارض، لم يكن للمستأجر فيها نفع بعد فوات الزرع. والثاني وبه قطع بعض أصحاب الامام: يسترد، لان بقاء الارض على صفتها مطلوب. فاذا زال، ثبت الانفساخ. وإن كان فساد الزرع بعد فساد الارض، فأصح الاحتمالين بالاتفاق: الاسترداد.

القسم الثاني: فوات المنفعة بالكلية حساً، فمن صوره موت الدابة والاجير المعين، فان كان قبل القبض أو عقبه قبل مضي مدة لمثلها أجرة، انفسخ العقد. وإن كان في خلال المدة، انفسخ العقد في الباقي. وفي الماضي الطريقان فيما إذا اشترى عبدين، فقبض أحدهما وتلف الثاني قبل القبض، هل ينفسخ البيع في المقبوض؟ فان قلنا: ينفسخ في الماضي، سقط المسمى ووجب أجرة المثل لما مضى. وإن قلنا:

---

(١) كذا الاصل «فندم» وهو كذلك في هامش نسخة الظاهرية، ونص عليها بأنها كذا بخط المؤلف، وفي متن نسخ الظاهرية «فهدم».

لاينفسخ فيه ، فهل له خيار الفسخ ؟ وجهان . أصحها عند الامام والبغوي : لا ، لأن منافعه استهلكت . والثاني : نعم ، وبه قطع ابن الصباغ وآخرون ، لأن جميع المعقود عليه لم يسلَّم . فان قلنا : له الفسخ ، ففسخ ، رجع إلى أجرة المثل . وإن قلنا : لا فسخ ، أو أجاز ، وجب قسط مامضى من المسمى ، والتوزيع على قيمة المنفعة وهي أجرة المثل ، لا على نفس الزمان ، وذلك يختلف ، فربما تزيد أجرة شهر على أجرة شهرين ، لكثرة الرغبات في ذلك الشهر . وإن كانت مدة الاجارة سنة ، ومضى نصفها ، وأجرة المثل فيه مِثلا أجرة المثل في النصف الباقي ، وجب من المسمى ثلثاه . وإن كانت بالعكس ، فثلثه . وإذا أثبتنا الخيار بعيب، ففُسخ العقد في المستقبل ، ففي الانفساخ في الماضي الطريقان . فان لم ينفسخ ، فطريق التوزيع مابيَّنَّاه . وإن أجازه ، فعليه الأجرة المسماة بتمامها ، كما لو رضي بعيب المبيع ، لزمه جميع الثمن . وسواء حصل التلف بآفة سماوية ، أم بفعل المستأجر ، بل لو قتل العبد أو الدابة المعيَّنة ، كان حكم الانفساخ والأجرة ما ذكرناه ، ويلزمه قيمة ما أتلف . وعن ابن أبي هريرة : أنه تستقر عليه الأجرة المسماة بالاتلاف ، كما يستقر الثمن على المشتري باتلافه . والصحيح الأول ، لأن البيع ورد على العين، فاذا أتلفها صار قابضاً ، والاجارة واردة على المنافع ، ومنافع الزمن المستقبل معدومة لايتصور ورود الاتلاف عليها ، وعلى هذا لو عيَّب المستأجر الدار ، أو جرح العبد، فهو كالتعيب بآفة سماوية في ثبوت الخيار .

فرع

نُصَّ أن انهدام الدار يقتضي الانفساخ ، ونُصَّ فيما إذا اكترى أرضاً

للزراعة ولها ماء معتاد فانقطع ، أن له فسخ العقد ، وفيها ثلاثة طرق . أحدها : تقرير النصين ، لان الدار لم تبق داراً ، والأرض بقيت أرضاً ، ولان الارض يمكن زراعتها بالأمطار . والثاني : القطع بعدم الانفساخ . وأصحها : قولان في المسألتين . أظهرهما : في الانهدام الانفساخ ، وفي انقطاع الماء : ثبوت الخيار ، وإنما يثبت الخيار إذا انقطعت[1] الزراعة . فان قال المؤجر : أنا أسوق إليها ماءً من موضع آخر ، سقط الخيار كما لو بادر إلى إصلاح الدار . فان قلنا بالانفساخ ، فالحكم كموت العبد ، وإلا ، فله الفسخ في المدة الباقية . وفي الماضي الوجهان . فان منعناه ، فعليه قسط مامضى من المسمى . وإن أجاز ، لزمه المسمى كله . وقيل : يحط للانهدام وانقطاع الماء مايخصه .

فرع

لو غُصب العبدُ المستأجَرُ أو أبق ، أو ندّت الدابة ، فان كانت الاجارة في الذمة ، فعلى المؤجر الابدال . فان امتنع ، استؤجر عليه . وإن كانت إجارة عين ، أو غصبت الدار المستأجرة ، فللمستأجر الخيار . فان كان ذلك في أثناء المدة ، فان اختار الفسخ ، فسخ في الباقي . وفي الماضي الخلاف السابق . وإن لم يفسخ وكان قد استأجر مدة معلومة فانقضت ، بني على الخلاف فيما إذا أتلف أجنبي المبيع قبل القبض ، هل ينفسخ البيع ، أم لا ؟ إن قلنا : ينفسخ ، فكذلك الاجارة ، ويسترد الاجرة . وإن قلنا : لاينفسخ ، فكذلك الاجارة ، ويتخير بين أن يفسخ ويسترد الاجرة ، وبين أن يجيز ويطالب الغاصب بأجرة المثل . والذي نص عليه

(١) في نسخ الظاهرية : امتنعت .

الشافعي رضي الله عنه والاصحاب ، انفساخ الاجارة وإن كان البناء المذكور يقتضي ترجيح عدم الانفساخ ، لكن المذهب الانفساخ . وعلى هذا ، لو عاد إلى يده وقد بقي بعض المدة ، فللمستأجر أن ينتفع به في الباقي ، وتسقط حصة المدة الماضية ، إلا إذا قلنا : إن الانفساخ في بعض المدة يوجب الانفساخ في الباقي ، فليس له الانتفاع في بقية المدة . وإن كان استأجره لعمل معلوم ، فله أن يستعمله فيه متى قدر عليه. وإذا بادر المؤجر إلى الانتزاع من الغاصب ، ولم تتعطل منفعة على المستأجر ، سقط خياره كما سبق في إصلاح الدار .

فرع

إذا أقر المؤجر بالمستأجَرة للغاصب من المستأجر أو لغيره ، ففي قبول إقراره في الرقبة قولان . أظهرها : القبول . فان قبلناه ، ففي بطلان حق المستأجر من المنفعة أوجه . أصحها : لا يبطل . والثاني : يبطل . والثالث : إن كانت العين في يد المستأجر تركت في يده إلى انقضاء المدة . وإن كانت في يد المقر له ، لم تنزع منه ،فان قلنا بالبطلان ، فهل يحلّف المؤجر ؟ فيه الخلاف المذكور في أن المرتهن ، هل يحلّف الراهن إذا أقر بالمرهون وقبلناه ؟

فرع

للمؤجر مخاصمة من غصب المستأجرة أو سرقها ،وليس للمستأجر المخاصمة على الاصح المنصوص كالمودَع والمستعير ، ويجري الوجهان في أن المرتهن هل يخاصم لأن له حقاً؟

فصل

الثوب المعين للخياطة ، إذا تلف ، ففي انفساخ العقد خلاف سبق . الاصح عند الامام وجماعة : لاينفسخ ، وعن العراقيين والشيخ أبي علي : أنه ينفسخ لتعلّقه بذلك الثوب ، وبه قطع ابن الحداد ، وفيما إذا اكترى دواب في الذمة لحمل خمسة أعبد معينين ، فمات اثنان منهم وحمل ثلاثة ، فقال : له ثلاثة أخماس الكراء وسقط خمساه ، والصورة فيما إذا تساوت أوزانهم ، ويشهد له نص الشافعي رضي الله عنه حيث قال: إذا نكحها على خياطة ثوب معين فتلف قبل الخياطة ، لها مهر المثل . قال الشيخ أبوعلي : والخلاف فيما إذا ألزم ذمته خياطة ثوب بعينه ، أو حمل متاع بعينه ، أو عبد، فان العقد وإن كان في الذمة ، فمتعلق بعين الثوب والمتاع . أما إذا استأجر دابة بعينها مدة لركوب أو حمل متاع ، فهلكا ، فلا ينفسخ العقد ، بل يجوز إبدال الراكب والمتاع بلا خلاف . فان قلنـا : لاينفسخ ، فأتى بثوب مثله ، فذاك . وإن لم يأت لعجزه ،أو امتنع مع القدرة حتى مضت مدة إمكان العمل ، ففي استقرار الأجرة وجهان .

قلت : أصحها : لاتستقر . والله أعلم

فان قلنا : تستقر ، فللمستأجر فسخ العقد على الأصح ، لأنه ربما لايجد ثوباً آخر ، أو لايريد قطعه .

فرع

موت الصبي المعيَّن للتعليم ، كتلف الثوب المعيَّن للخياطة ، وكذا الصبي المعيَّن للارضاع إن لم يكن ولدَ المرضعة . فان كان ولدها ، فخلاف مرتَّب ، وأولى بالانفساخ،

لأن درور اللبن على ولدها أكثر من الأجنبي ، فلا يمكن إقامة غيره مقامه .

فرع

لو بدأ له في قطع الثوب المعين وهو باقٍ ، قال الامام : المتجه أنه لايجب عليه الاتيان به ، لكن تستقر عليه الأجرة إذا سلم الاجير نفسه ومضى مدة إمكان العمل إن قلنا : تستقر الاجرة بتسليم الأجير نفسه وليس للأجير فسخ الاجارة ، وإن قلنا : لاتستقر ، فله فسخها ، وليس للمستأجر الفسخ بحال ، لأن الاجارة لاتنفسخ بالاعذار .

فصل

لاتنفسخ الاجارة بموت المتعاقدين ، بل إن مات المستأجر ، قام وارثه في استيفاء المنفعة مقامه . وإن مات المؤجر ، ترك المال عند المستأجر إلى انقضاء مدة الاجارة، فان كانت الاجارة على الذمة ، فما التزمه ، دين عليه . فان كان في التركة وفاء ، استؤجر منها لتوفيته ، وإلا ، فالوارث بالخيار ، إن شاء وفاه واستحق الأجرة ، وإن أعرض فللمستأجر فسخ الاجارة . ولو أوصى بداره لزيد مدة عمر زيد ،فقبل الوصية، وأجرها زيد مدة ، ثم مات في خلالها ، انفسخت الاجارة ، لانتهاء حقه بموته .

فصل

إذا أكرى جمالاً فهرب ،فتارة يهرب بها ، وتارة يهرب ويتركها عند المستأجر،فان هرب بها ، نظر ، فان كانت الاجارة في الذمة ، اكترى الحاكم عليه من ماله . فان لم يجد له

مالاً، اقترض عليه من بيت المال أو من المستأجر أو غيره واكترى عليه. قال في « الشامل »: ولا يجوز أن يكل أمر الاكتراء إلى المستأجر ، لأنه يصير وكيلاً في حق نفسه . وإن تعذر الاكتراء عليه ، فللمستأجر الفسخ كما لو انقطع المسلَم فيه عند المحِل . فان فسخ، فالأجرة دين في ذمة الجمّال وإن لم يفسخ، فله مطالبة الجمّال - إذا عاد - بما التزمه. وإن كانت إجارة عين، فللمستأجر فسخ العقد، كما إذا ندّت الدابة. وأما إذا تركها عند المستأجر ، فان تبرع بالانفاق عليها ، فذاك ، وإلا ، راجع الحاكم لينفق عليها وعلى من يقوم بتعهدها من مال المؤجر إن وجده ، وإلا ، استقرض عليه كما ذكرنا ، ثم إن وثق بالمستأجر ، سلم إليه مااقترضه لينفق عليها ، وإلا ، دفعه إلى من يثق به . وإذا لم يجد مالاً آخر ، باع منها بقدر الحاجة لينفق عليها من ثمنه ، ولا يخرج على الخلاف في بيع المستأجرة ، لأنه محل ضرورة ، ويبقى في يد المستأجر إلى انتهاء المدة . ولو لم يقترض الحاكم من المستأجر ، ولكن أذن له في الانفاق ليرجع ، جاز على الأظهر ، كما لو اقترض منه ثم دفعه إليه . والثاني : المنع ، ويجعل متبرعاً . وعلى الأول ، لو اختلفا في قدر ماأنفق ، فالصحيح : أن القول قول المنفق . وقيل : قول الجمّال .

قلت : قال أصحابنا : إنما يقبل قول المستأجر إذا ادعى نفقة مثله في العادة . والله أعلم

ولو أنفق المستأجر بغير إذن الحاكم مع إمكانه ، لم يرجع . وإن لم يكن حاكم ، فعلى ما ذكرناه في عامل المساقاة إذا هرب. قال الامام : ولو كان هناك حاكم ، وعسر إثبات الواقعة عنده ، فهو كما إذا لم يكن حاكم . وإذا أثبتنا الرجوع فيما إذا أنفق بغير مراجعة الحاكم ، فاختلفا في قدره ، فالقول قول الجمّال ، لأن إنفاقه لم يستند إلى ائتمان من جهة الحاكم ، قال : وفيه احتمال ، لأن الشرع سلطه عليه .

وإذا انقضت مدة الاجارة ولم يعد الجمَّال ، باع الحاكم منهـا ما يقضي بثمنه ما اقترضه وحفظ باقيها . وإن رأى بيعها لئلا تأكل نفسها ، فعل .

فصل (١)

إذا اكترى دابـة أو داراً مدة ،وقبضها وأمسكهـا حتى مضت المدة ، انتهت الاجارة واستقرت الأجرة سواء انتفع بها في المدة ،أم لا ، وليس له الانتفاع بعد المدة ، فان فعل ، لزمه أجرة المثل مع المسمى . ولو ضُبطت المنفعـة بالعمل دون المدة ،بأن استأجر دابة ليركبها إلى بلد، أو ليحمل عليها إلى موضع معلوم ،وقبضها وأمسكها عنده حتى مضت مدة يمكن فيها السير إليه ، استقرت عليه الأجرة أيضاً، وسواء تخلف المستأجر لعـــذر أم لغيره ، حتى لو تخلف لخوف الطريق أو عدم الرفقة ، استقرت الأجرة عليه ، لان المنافع تلفت في يده ، ولأنه يمكنـه السفر عليها إلى بلد آخر واستعمالها في البلد تلك، وليس للمستأجر فسخ العقد بهذا السبب، ولا أن يلزم المؤجر استرداد الدابة إلى تيسر الخروج ، هذا في إجارة العين ،فان كانت على الذمة وسلم دابة بالوصف المشروط ، فمضت المدة عند المستأجر ، استقرت الأجرة أيضاً ، لتعين حقه بالتسليم وحصـول التمكن . ولو كانت الاجارة فاسدة ، استقرت فيها أجرة المثل بما يستقر به المسمى في الاجارة الصحيحة ،سواء انتفـع، أم لا ، وسواء كانت أجرة المثل أقل من المسمى أو أكثر .

فرع

أجر الحر نفسه مدة لعمل معلوم ، وسلَّم نفسه،فلم يستعمله المستأجر حتى مضت

(١) في نسخة الظاهرية : فرع .

المدة ، أو مدة يمكن فيها ذلك العمل،استقرت الأجرة على الأصح، ويجري الخلاف فيما إذا ألزم ذمة الحر عملاً ،فسلم نفسه مدة إمكان ذلك العمل[ولم يستعمله، وطرد المتولي الخلاف فيما إذا التزم الحر عملاً في الذمة وسلم عبده ليستعمله] فلم يستعمله،ووجّهه بما يقتضي إثبات خلاف في كل إجارة على الذمة.ثم إن قلنا : لاتستقر ، فللأجير أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليجبره على الاستعمال .

فرع

أكرى عيناً مدة ،ولم يسلمها حتى مضت المدة ،انفسخت الاجارة، لفوات المعقود عليه ، فلو استوفى [منفعة] المدة ، فطريقان . أحدهما : أنه كاتلاف البائع المبيع قبل القبض . والثاني : القطع بالانفساخ. ولو أمسكها بعض المدة ،ثم سلمها، انفسخت الاجارة في المدة التي تلفت منافعها. وفي الباقي الخلاف فيما إذا تلف بعض المبيع قبل القبض ، فان قلنا : لاينفسخ ، فللمستأجر الخيار ،ولا يبدل زمان بزمان . ولو لم تكن المدة مقدرة ،واستأجر دابة للركوب إلى بلد فلم يسلمها حتى مضت مدة يمكن فيها المضي إليه،فوجهان ، أحدهما : تنفسخ الاجارة ،وهو اختيار الامام . وأصحها وبه قطع الأكثرون : لاتنفسخ، لأن هذه الاجارة متعلقة بالمنفعة لا بالزمان ، ولم يتعذر استيفاؤها.فعلى هذا ، قال الأصحاب : لاخيار للمستأجر ، كما لاخيار للمشتري إذا امتنع البائع من تسليم المبيع مدة ثم سلمه . وشذ الغزالي فقال في « الوسيط » :له الخيار، لتأخر حقه .والمعروف ، ماسبق . ولو كانت الاجارة في الذمة ولم يسلم ماتستوفى المنفعة منه حتى مضت مدة يمكن فيها تحصيل تلك المنفعة ، فلا فسخ ولا انفساخ بحال ، لأنه دين تأخر إيفاؤه .

القسم الثالث : فوات المنفعة شرعاً ، كفواتها حساً في اقتضاء الانفساخ، لتعذر

الاستيفاء ، فاذا استؤجر لقلع سنٍ وجِعة ، أو يد متأكّلة، أو لاستيفاء قصاص في نفس أو طرف، فالاجارة صحيحة على الأصح كما سبق،فاذا زال الوجع ،أو عفي عن القصاص ، فقد أطلق الجمهور أن الاجارة تنفسخ ،وفيه كلامان . أحدهما : أن المنفعة في هذه الاجارة مضبوطة بالعمل دون الزمان ،وهو غير مأيوس منه، لاحتمال عود الوجع ، فليكن زوال الوجع كغصب المستأجرة حتى يثبت خيار الفسخ دون الانفساخ . والثاني : حكى الشيخ أبو محمد وجهاً أن الاجارة لاتنفسخ ، بل يستعمل الأجير في قلع مسمار أو وتد ، ويراعى تداني العملين ، وهذا ضعيف ،والقوي ماقيل أن الحكم بالانفساخ جواب على أن المستوفى به لايبدّل ، فـان جوزناه ، أمره بقلع سن وجعة لغيره .

فصـــل

إذا آجر الوقفَ البطنُ الأول ، ثم مات في أثناء المدة ، فوجهان . أحدهما : تبقى الاجارة بحالها كالو آجر ملكه فمات . وأصحها : المنع ، لأن المنافع بعد موته لغيره ، ولا ولاية له عليه ، ولا نيابة ، ثم عبارة الجمهور بالانفساخ وعدمه ، ففي وجه : ينفسخ . وفي وجه : لاينفسخ ، واستبعدها الصيدلاني والامام وطائفة ، لأن الانفساخ يشعر بسبق الانعقاد ، وجعلوا الخلاف في أنّا هل نتبين البطلان لأنا تبينا أنه تصرف في غير ملكه ؟ ثم إن أبقينا الاجارة ، فحصة المدة الباقية من الأجرة تكون للبطن الثاني ، فان أتلفها الأول ، فهي دين في تركته ،وليس كما لو أجر ملكه ومات في المدة ،حيث تكون جميع الأجرة تركة تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ، لأن التصرف ورد على خالص ملكه ، والباقي له بعد الاجارة رقبة مسلوبة المنفعة في تلك المدة ، فتنتقل إلى الوارث كذلك . وإن قلنـا : لاتبقى الاجارة ، فهل

تبطل فيما مضى ? قال ابن الصباغ : يبنى على الخلاف في تفريق الصفقة . فان قلنا : لاتفرّق ، كان للبطن الأول أجرة المثل لما مضى . أما إذا أجر الوقف متولّيه ، فموته لايؤثر في الاجارة على الصحيح ، لأنه ناظر للجميع. وقيل : تبطل الاجارة كما سيأتي في ولي الصبي إن شاء الله تعالى .

فرع

للولي إجارة الطفل وماله ، أباً كان أو وصياً أو قيّماً ، إذا رأى المصلحة فيها ، لكن لايجاوز مدة بلوغه بالسن . فلو أجره مدة يبلغ في أثنائها ، بأن كان ابن سبع سنين ،فأجره عشر سنين ، فطريقان .قال الجمهور : يبطل فيما يزيد على مدة البلوغ، وفيما لايزيد قولا تفريق الصفقة . والثاني : القطع بالبطلان في الجميع ، وهو الأصح عند البغوي .

قلت : واختاره أيضاً ابن الصباغ . والله أعلم

ويجوز أن يؤجره مدة لايبلغ فيها بالسن وإن احتمل بلوغه بالاحتلام ، لأن الأصل بقاء الصّبا . فلو اتفق الاحتلام في أثنائها ، فوجهان . أصحها عند صاحب « المهذب » والروياني : بقاء الاجارة . وأصحها عند الامام والمتولي : لاتبقى .

قلت : صحح الرافعي في « المحرر » الثاني . والله أعلم

ثم التعبير عن هذا بالانفساخ أو تبيُّن البطلان ، كما ذكرنا في مسألة الوقف . وإذا قلنا : لاتبقى الاجارة ، جاء فيما مضى خلاف تفريق الصفقة . وإذا قلنا : تبقى، فهل له خيار الفسخ إذا بلغ ؟ وجهان . أصحها : لا ، كما لو زوجها ثم بلغت .

فرع

أجر الوليُّ مال المجنون ، فأفاق في أثناء المدة ، فهو كبلوغ الصبي بالاحتلام .

فصل

لو أجر عبده ثم أعتقه ، نفذ ، لأن إعتاق المغصوب والآبق نافذ ، فهذا أولى ، ولاتنفسخ الاجارة على الصحيح ، ولا خيار للعبد على الأصح ، ولا يرجع على السيد بأجرة المثل للمدة الواقعة بعد العتق على الأظهر الجديد . وقيل : على الأصح . فان قلنا : يرجع ، فنفقته في تلك المدة على نفسه ، لأنه مالك لمنفعة نفسه . وإن قلنا : لايرجع ، فهل هي على سيده لادامة حبسه ؟ أم في بيت المال لأنه حرٌ عاجز ؟ وجهان . أصحها : الثاني .

قلت : فان قلنا : النفقة على السيد ، فوجهان . أحدهما : تجب بالغـةً مابلغت. وأصحها : يجب أقل الأمرين من أجرة مثله وكفايته . والله أعلم

ولو ظهر بالعبد عيب بعد العتق ، وفسخ المستأجر الاجارة ، فالمنافع للعتيق إن قلنا : يرجع بمنافعه على السيد ، وإلا ، فهل هي له ، أم للسيد ؟ وجهان .

قلت : الأصح : كونها للعتيق . والله أعلم

ولو أجر عبده ومات ، وأعتقه الوارث في المدة ، ففي انفساخ الاجارة ماسبق. فان قلنـا : لا انفساخ ، لم يرجع هنـا على المعتِق بشيء بلا خلاف. ولو أجر أم ولده ومات في المدة ، عتقت . وفي بطلان الاجارة ، الخلاف المذكور إذا أجر

البطنُ الأول الوقف ومات، وكذا الحكم في إجارة المعلّق عتقه بصفة. قال البغوي : وإنما تجوز إجارته مدة لاتتحقق الصفة فيها، فان تحققت[1] ، فهو كاجارة الصبي مدة يتحقق بلوغه فيها .

قلت : هذا الذي قاله البغوي ظاهر إن منعنا بيع العين المستأجرة ، فان جوزناه فينبغي أن يقطع بجواز إجارته هنا، لأنه متمكن من بيعه، وإبقاء الاجارة إلى انقضاء مدتها ، بخلاف مسألة الصبي، لكن قد يقال : وإن تمكن فقد لايفعل . والله أعلم

فرع

كتابة العبد المُكْرَى جائزة عند ابن القطان ، باطلة عند ابن كج .

قلت : الثاني : أقوى . والله أعلم

فان جوزناها ، عاد الخلاف في الخيار وفي الرجوع على السيد .

قلت : ومن مسائل الفصل ، ما ذكره ابن كج، وهو خارج عن القواعد السابقة : أنه لو أكرى داراً لعبد ثم قبض العبد وأعتقه ، فانهدمت الدار ، رجع على المعتق بقدر مابقي من المدة من قيمة العبد . والله أعلم

فصل

إذا باع العين المستأجرة ، فله حالان .

[الحال] الأول : البيع للمستأجر، وهو صحيح قطعاً . ثم في الاجاره وجهان .

---

(١) في الاصل : تحقق .

أحدهما : تنفسخ ، قاله ابن الحداد ، ويعبر عنه بأن الاجارة والملك لايجتمعان . وأصحها: لاتنفسخ . فعلى الأول ، يرجع المستأجر على المؤجر بقية المدة على الأصح . وقال ابن الحداد : لايرجع . ولو فسخ المستأجر البيع بعيب ، لم يكن [له] الامساك بحكم الاجارة ، لأنها قد انفسخت بالشراء . ولو تلفت العين ، لم يرجع على البائع بشيء ، لأن الاجارة غير باقية عند التلف ، وعلى الوجه الثاني الأصحّ ، وهو أن الاجارة لاتنفسخ بالشراء ، ففي صورة فسخ البيع بالعيب له الامساك بحكم الاجارة، ولو فسخ عقد الاجارة ، رجع على البائع بأجرة بقية المدة . وفي صورة التلف تنفسخ الاجارة بالتلف ، وحكمه ماسبق ، وتتخرّج على الخلاف في أن الاجارة والملك هل يجتمعان ؟ مسائل .

إحداها : أوصى لزيد برقبة دار ، ولعمرو بمنفعتها ، وأجرها لعمرو ، ففي صحة الاجارة الوجهان .

الثانية : مات المستأجر ووارثه المؤجر ، ففي انفساخها الوجهان .

الثالثة : أجر المستأجر العين المستأجرة للمالك ، جاز على الصحيح المنصوص، كما يجوز أن يبيعه ما اشتراه منه ، ومنعه ابن سريج ، لاجتماع الملك والاجارة .

الرابعة : أجر داره لابنه ، ومات الأب في المدة ولا وارث له غير الابن المستأجر ، وعليه ديون مستغرقة ، بني أولاً على أن الوارث هل يملك التركة وهناك دين مستغرق ؟ إن قلنا : لايملك ، بقيت الاجارة بحالها . وإن قلنا : يملك ، وهو الصحيح ، فعلى الأصح : لاتنفسخ الاجارة . وعلى قول ابن الحداد : تنفسخ ،لأن الملك طرأ على الاجارة . وادعى الروياني أن هذا أصح . وإذا انفسخت الاجارة ، قال ابن الحداد : الابن غريم يضارب بأجرة بقية المدة للغرماء ، ووافقه بعضهم ، وخالفه المعتبرون ، لأنه خلاف ماسبق عنه في الشراء : أنه لايرجع ،

وضعفوا الفرق . ولو مات الأب المؤجر عن ابنين ، أحدهما المستأجر ، فعلى الأصح : لاتنفسخ الاجارة في شيء من الدار ، ويسكنها المستأجر إلى انقضاء المدة ، ورقبتها بينهما بالارث . وقال ابن الحداد : تنفسخ الاجارة في النصف الذي يملكه المستأجر ، وله الرجوع بنصف أجرة ماانفسخ العقد فيه ، لان مقتضى الانفساخ في النصف الرجوع بنصف الأجرة ، لكنه خلف ابنين والتركة في يدهما ، والدين الذي يلحقها يتوزّع ، فيخص الراجع الربع ، ويرجع بالربع على أخيه ، فان لم يترك الميت سوى الدار ، بيع من نصيب الأخ المرجوع عليه بقدر ما يثبت به الرجوع ، وهذا بعيد عند الأئمة ، لأن الابن المستأجر ورث نصيبه بمنافعه ، وأخوه ورث نصيبه مسلوب المنفعة ، ثم قد تكون أجرة مثل الدار في تلك المدة مثلَي ثمنها ، فاذا رجع على الأخ بربع الأجرة ، احتاج إلى بيع نصيبه ، فيكون أحدهما قد فاز بجميع نصيبه ، وبيع نصيب الآخر وحده في دين الميت . قال الشيخ أبوعلي: ولو لم يخلف إلا الابن المستأجر ، ولا دين عليه ، فلا فائدة في الانفساخ ، ولا أثر له ، لأن الكل له ، سواء [أخذ] بالارث ، أو أخذ مدة الاجارة بالاجارة وبعدها بالارث ، وسواء أخذ بالدين أم بالارث .

فرع

أجر البطنُ الأول الوقف للبطن الثاني ، ومات المؤجر في المدة ، فان قلنا : لو أجر أجنبياً بطلت الاجارة ، فهنا أولى ، وإلا ، فوجهان ، لأنه طرأ الاستحقاق في مدة الاجارة . قال الامام : وهذا أولى بارتفاع الاجارة .

الحال الثاني : البيع لغير المستأجر ، وهو صحيح على الأظهر عند الأكثرين . ويجري القولان سواء أذن المستأجر ، أم لا . وإذا صححنا ، لم تنفسخ الاجارة ، كما

لاينفسخ النكاح ببيع المزوجة ، ويترك في يد المستأجر إلى انقضاء المدة ، وللمشتري فسخ البيـع إن كان جاهلاً . وإن كان عالماً ، فلا فسخ له ، ولا أجرة لتلك المدة ، وكذا لو كان جاهلاً وأجاز ، ذكره البغوي ، ويشبه أن يكون على الخلاف في مدة بقاء الزرع إذا باع أرضاً مزروعة . ولو وجد المستأجر به عيباً ،وفسخ الاجارة، أو عرض ماتنفسخ به الاجارة بمنفعة بقية المدة ، لمن يكون ؟ وجهان . قال ابن الحداد: للمشتري . وقال أبو زيد : للبائع ، لأن المشتري لم يملك منافع تلك المدة . وبناهما المتولي على أن الرد بالعيب يرفع العقد من أصـله ، أم من حينه ؟ إن قلنا بالأول ، فهي للمشتري وكأن الاجارة لم تكن . وإن قلنا : من حينه ، فللبائع ، لأنه لم يوجد عند الرد مايوجب الحق للمشتري . قال : ولو تقايلا الاجارة ، فان قلنا : الاقالة بيـع ، فهي للبائع . وإن قلنا : فسخ ، فكذلك على الصحيح ، لأنها ترفع العقد من حينها قطعاً. وإذا حصل الانفساخ ، رجع المستأجر بأجرة بقية المدة على البائع . قال ابن كج : ويحتمل أن يرجع على المشتري .

فرع

القولان في صحة بيع المستأجَر يجريان في هبته ، وتجوز الوصية به قطعاً.

فرع

لو باع عيناً واستثنى منفعتها لنفسه سنة أو شهراً ، فطريقـان . أحدهما يحـكى عن ابن سريج :أنه على قولي بيع المستأجَر . والمذهب : القَطع ببطلان العقد .

فصل

في مسائل منثورة تتعلق بالباب الأول

إحداها : قال : ألزمتُ ذمتك نسج ثوب صفته كذا على أن تنسجه بنفسك، لم يصح العقد ، لأنه غرر ،فأشبه السلَم في شيء معين .

الثانية: يصح استئجار الأرض بما يستأجر به الثوب والعبد من الدراهم والطعام وما تنبت الأرض وغيرها ، إذا عُيِّن أو وُصِف.

الثالثة : إذا استأجر دابة ليركبها إلى بلد بعشرة دنانير، وجب نقد بلد العقد . ولو كانت الاجارة فاسدة ؛ فالاعتبار في أجرة المثل بموضع إتلاف المنفعة نقداً أو وزناً .

الرابعة : تجوز إجارة المصحف والكتب لمطالعتها والقراءة منها.

الخامسة : لايجوز أن يستأجر بيركة ليأخذ منها السمك.فلو استأجرها ليحبس فيها الماء حتى يجتمع فيها السمك ، جاز على الصحيح .

السادسة : يصح من المستأجر إجارة ما استأجره بعد قبضه ،سواء أجر بمثل ما استأجر ،أم بأقل ، أم بأكثر. وفي إجارته قبل القبض وجهان . قال ابن سريج: يجوز ، والأصح : المنع . فعلى هذا ، في إجارته المؤجر وجهان ، كبيع المبيع للبائع قبل قبضه .

قلت : الاصح : صحة إجارته للمؤجر . والله أعلم

السابعة : المستعير لايكري . فلو استعار ليكريه، لم يصح على الأصح .وقيل: يجوز كما لو استعاره ليرهنه .

الثامنة : أجر ناظر المسجد حانوته الخراب، بشرط أن يعمره المستأجر بماله، ويكون ما أنفقه محسوباً من أجرته ، لم تصح الاجارة،لانه عند الاجارة غير منتفع به .

التاسعة :لاتجوز إجارة الحمام بشرط أن تكون مدة تعطله بسبب العمارة ونحوها محسوبة على المستأجر ، ولا على المؤجر ،لابمعنى انحصار الاجارة في المدة في الباقي لان المدة تصير مجهولة ، ولا بمعنى استيفاء مثلها بعد المدة لان آخر المدة يصير مجهولاً .

العاشرة : استأجره ليبيع له شيئاً معيناً ، جاز ، لان الظاهر أنه يجد راغباً ، ولشراء شيء معين لايجوز ،لان رغبة مالكه في البيع غير مظنونة ،ولشراء شيء موصوف يجوز ، وليبيع شيء لرجل معين لايجوز .

الحادية عشرة : لو أراد استئجاره للخروج إلى بلد السلطان،والتظلم للمستأجر، وعرض حاله في المظالم ، قال القفال في « الفتاوى » : يستأجر مدة كذا ليخرج إلى موضع كذا ويذكر حاله في المظالم ويسعى في أمره عند من يحتاج إليه ، فتصح الاجارة،لان المدة معلومة وإن كان في العمل جهالة ، كما لو استأجره يوماً ليخاصم غرماءه ، قال : ولو بدا للمستأجر ، فله أن يستعمله فيما ضرره مثل ذلك .

الثانية عشرة : حكى ابن كج عن نص الشافعي رضي الله عنه ، أنه لاتصح إجارة الارض حتى تُرى لاحائل دونها من زرع وغيره ،وفي هذا تصريح بأن إجارة الارض المزروعة لاتصح ،توجيهاً بأن الزرع يمنع رؤيتها ، وفيها معنى آخر وهو تأخر التسليم والانتفاع عن العقد،ومشابهته إجارة الزمان المستقبل ، ويقرب منه ما لو أجر داراً مشحونة بطعام وغيره وكان التفريغ يستدعي مدة، ورأيت للأئمة فيما جُمع من فتاوى القفال جوابين فيه . أحدهما: أنه إن أمكن التفريغ في مدة

ليس لمثلها أجرة ، صح العقد، وإلا ، فلا ، لأنه إجارة مدة مستقبلة . والثاني : أنه إن كان يذهب في التفريغ جميع مدة الاجارة ، لم يصح . وإن كان يبقى منها شيء ، صح ولزم قسطه من الأجرة إذا وجد فيه التسليم . وخرّجوا على الجوابين ، ما إذا استأجر داراً ببلد آخر ، فانه لا يتأتّى التسليم إلا بقطع المسافة بين البلدين، وما إذا [باع] جمداً وزناً وكان يماع بعضه إلى أن يوزن .

قلت : الصحيح من الجوابين هو الأول ، بل قد تقدم في الشرط الثالث من الركن الرابع من الباب الأول وجه : أنه لاتصح إجارة المشحونة بالقماش وإن أمكن تفريغها في الحال . وتقدم هناك ، أن المذهب صحة إجارة الأرض المستورة بالماء للزراعة ، وليس هو مخالفاً للمذكور هنا ، لأن التعليل هناك بأن الماء من مصالحها مفقود هنا . والاصح عندي ، فيما إذا استأجر داراً ببلد آخر ، الصحة ، وفي الجمد المنع، لامكان بيعه جزافاً . والله أعلم

الثالثة عشرة : إذا استأجر للخدمة ،وذكر وقتها من الليل والنهار ، وفصّل أنواعها ، صح . وإن أطلق ، فقد حكي عن النص المنع ، والمذهب الجواز ، ويلزم ما جرت العادة به . وفصّل القاضي أبوسعد بن أبي يوسف أنواعها فقال : يدخل في هذه الاجارة، غسل الثوب وخياطته، والخبز والعجن وإيقاد النار والتنور، وعلف الدابة وحلبها ،وخدمة الزوجة ، والغرس في الدار ، وحمل الماء إلى الدار للشرب ،وإلى المتوضىء للطهارة . وعن سهل الصعلوكي : أن علف الدابة وحلبها، وخدمة الزوجة ، لاتدخل إلا بالتنصيص عليها ،وينبغي أن يكون الحكم كذلك في خياطة الثوب وحمل الماء إلى الدار ، ويجوز أن يختلف الحكم فيه بالعادة .وذكر بعض شراح «المفتاح» أنه ليس له إخراجه من البلدة ، إلا أن يشرط عليه مسافة

معلومـة من كل جانب ، وأن عليه المكث عنده إلى أن يفرغ من صلاة العشاء الآخرة [١] .

قلت : المختار في هذا كله ، الرجوع إلى عادة الخادم في ذلك البلد وذلك الوقت ، ويختلف ذلك باختلاف مراتب المستأجرين، وباختلاف الاجراء، وفي الذكورة والانوثة من الطرفين ، وغير ذلك ، فيدخل ما اقتضه العادة دون غيره .

والله أعلم

الرابعة عشرة : استأجره على القيـــام على ضيعة ، قام عليها ليلاً ونهـاراً على المعتاد .

الخامسة عشرة : استأجره للخبز ، بيّن أنه يخبز أقراصاً ، أو أرغفة غلاظاً أو رقاقاً ،وأنه يخبز في تنور أو فرن ، وآلات الخبز على الاجير إن كانت إجارة على الذمة ،وإلا ، فعلى المستأجر ، وليس على الاجير إلا تسليم نفسه ، والقول فيمن عليه الحطب كالحبر في حق الورّاق .

السادسة عشرة : قال بعض شراح « المفتـاح » : لو اكترى دابة ليركبها فرسخين ،لم يجز حتى يبين شرقاً أو غرباً ،فاذا بيّن فأراد العدول إلى غيرها ،فللمكري منعه ، لان المعيَّن قد يكون أسهل ، أو له فيه غرض ، وهذا يخالف ماسبق، فليُجعل وجهاً .

---

(١) وفي هامش نسخة الظاهرية : ما نصه:

كذا حكاه عن شرح مجهول، وهو في « الام »، وغيرها دال في الأكثر في باب الصلح الذي بعد اللعان فيما إذا صالح على خدمة عبد ما نصه : فلصاحب الخدمة أن يخدمه غيره .ويؤاجر غيره في مثل عمله، وليس له أن يخرجه من المصر إلا بإذن سيده ، وصرح به أيضاً القاضي حسين ، قال : إلا أن يشترط عليه مسافة معلومة من كل جانب من فرسخ إلى خمسة عشر ، وصرح أيضاً بأن عليه الاقامة إلى صلاة العشاء .اه .

فصــل

في مسائل تتعلق بالباب الثاني

إحداها : استأجره لعمل مدة ، يكون زمن الطهارة والصلوات ـ فرائضها وسننها الرواتب ـ مستثنى ، ولاينقص من الأجرة ، وسواء فيه الجمعة وغيرها . وعن ابن سريج ، جواز ترك الجمعة بهذا السبب ، حكاه أبو الفضل بن عبدان . والسبوت في استئجار اليهودي مستثناة إن اطرد عرفهم ، بذلك قال الغزالي في « الفتاوى ».

الثانية : استأجر مرضعة لتمهد الصبي ، فالدهن على أبيه ، فان جرى عرف البلد بخلافه ، فوجهان .

الثالثة : استأجره لحمل حطب إلى داره وهي ضيقة الباب ، هل عليه إدخاله الدار ؟ فيه قولان للعرف ، ولا يكلف صعود السطح [به].

الرابعة : استأجره لغسل ثياب معلومة ، فحملها إليه حمال ، فان شرطت أجرته على أحدهما ، فذاك ، وإلا ، فعلى الغسال ،لأنه من تمام الغسل .

الخامسة : استأجره لقطع أشجار بقرية ، لم تجب عليه أجرة الذهاب والمجيء، لأنهما ليسا من العمل ، ذكر هذه المسائل الأربع أبوعاصم العبادي .

السادسة : استأجر دابة ليركبها ويحمل [عليها] كذا رطلاً ، فركب وحمل وأخذ في السير ، فأراد المؤجر أن يعلق عليها مخلاة أو سفرة أو نحوهما من قدّام القتب أو من خلفه ، أو أن يردف معه رديفاً ، فللمستأجر منعه .

السابعة : استأجر دابة ليركبها إلى موضع معلوم ، فركبها [إليه] ، فعن صاحب « التقريب » أن له أن يردها إلى الموضع الذي سار منه ، إلا أن ينهاه صاحبها . وقال الأكثرون : ليس له ردها ، بل يسلمها إلى وكيل المالك إن كان ، وإلا ، فالى

الحاكم هناك . فان لم يكن حاكم ، فالى أمين ، فان لم يجد أميناً ، ردها أو استصحبها إلى حيث يذهب، كالمودَع يسافر بالوديعة للضرورة . وإذا جاز له الرد ، لم يجز له الركوب ، بل يسوقها أو يقودها ، إلا أن يكون بها جماح لاتنقاد إلا بالركوب ،وبمثله لو استعار المركوب إليـه . قال العبادي : له الركوب في الرد ، لأن الرد لازم له ، فالاذن تناوله بالعرف ، والمستأجر لا ردّ عليه .

الثامنة : استأجر دابة المركوب إلى مكان ، فجاوزه ، لزمه المسمى للمكان؛ وأجرة المثل للزيادة ، ويصير ضامناً من وقت المجاوزة . فان ماتت ، لزمه أقصى القيم من حينئذٍ إن لم يكن معها صاحبها ، ولا يبرأ عن الضمان بردها إلى ذلك الموضع. وإن كان معها صاحبها ، فان تلفت بعدما نزل وسلمها إليه ، فلا ضمان عليه . وإن تلفت وهو راكب ، نظر ، إن تلفت بالوقوع في بئر ونحوه ، ضمن جميع القيمة .وإن لم يحدث سبب ظاهر ، فقيل : تلزم كل القيمة أيضاً ، والأصح : لايلزمه الكل بل النصف في قول . ومقتضى التوزيع على المسافتين في قول كما سبق ، فيما إذا حمل أكثر من المشروط ، لأن الظاهر حصول التلف بكثرة التعب وتعـاقب السير . حتى لو قام في المقصد قدر مايزول فيه التعب ، ثم خرج بغير إذن المالك ، ضمن الكل. وإذا استأجر ليركب ويعود ، فلا يلزمه لما جاوز أجرة المثل ، لأنه يستحق قطع قدر تلك المسافة ذهاباً ورجوعاً ، بناءً على أن يجوز العدول إلى مثل الطريق المعين.

قلت : ولا يجوز أن يركبها بعد المجاوزة جميع الطريق راجعاً ، بل يركبها بقدر تمام مسافة الرجوع . والله أعلم

ثم إن قدّر في هذه الاجارة مدة مقامه في المقصد ، فذاك ، وإلا ، فان لم يزد على مدة المسافرين ، انتفع بها في الرجوع . وإن زاد ، حسبت الزيادة عليه .

التاسعة : استأجر دابـة المركوب إلى عشرة فراسخ ، فقطع نصف المسافة ، ثم

رجع لأخذ شيء نسيه راكباً ، انتهت الاجارة واستقر جميع الأجرة ، لأن الطريق لاتتعين ، وكذا لو أخذ الدابة وأمسكها يوماً في البيت ثم خرج ، فاذا بقي بينه وبين المقصد يوم ، استقرت الأجرة ، ولم يجز له الركوب بعده ، وكذا لو ذهب في الطريق لاستقاء ماء أو شراء شيء يميناً وشمالاً ، كان محسوباً من المدة ، ويترك الانتفاع إذا قرب من المقصد بقدره .

العاشرة : دفع إليه ثوباً ليقصره بأجرة ، ثم استرجعه ، فقال : لم أقصره بعدُ ، فلا أردُّه ، فقال صاحب الثوب : لا أريد أن تقصره فاردده إلي ، فلم يردَّ وتلف الثوب عنده ، لزمه ضمانه . وإن قصره ورده ، فلا أجرة له ، وعلى هذا قياس الغزل عند النساج ونظائره .

قلت : صورة المسألة ، إذا لم يقع عقد صحيح . والله أعلم

الحادية عشرة : استأجره ليكتب صكاً في هذا البياض ، فكتبه خطأً ، فعليه نقصان الكاغد ، وكذا لو أمره أن يكتب بالعربية فكتب بالعجمية أو بالعكس .

قلت : ولا أجرة له ، ويقرب منه ما ذكره الغزالي في « الفتاوى »: أنه لو استأجره لنسخ كتاب ، فغير ترتيب الأبواب ، قال : إن أمكن بناء بعض المكتوب بأن كان عشرة أبواب ، فكتب الباب الأول آخراً منفصلاً ، بحيث يبنى عليه ، استحق بقسطه من الأجرة وإلا ، فلا شيء له . والله أعلم

الثانية عشرة : استأجر دابة لحمل الحنطة من موضع كذا إلى داره يوماً إلى الليل متردداً مرات ، فركبها في عوده ، فعطبت الدابة ، ضمن على الأصح ، لأنه استأجرها للحمل لا للركوب . وقيل : لا يضمن ، للعرف ، ذكرهما العبادي .

الثالثة عشرة : العامل في المزارعة الصحيحة ، لو ترك السقي متعمداً، ففسد الزرع ، ضمن ،لأنه في يده وعليه حفظه .

الرابعة عشرة : تعدى المستأجر بالحمل على الدابة ، فقرّح ظهرها وهلكت منه ، لزمه الضمان وإن كان الهلاك بعد الرد إلى المالك .

فصل

في مسائل تتعلق بالباب الثالث

إحداها : في « المنثور » للمزني ، أنه لو استأجر لخياطة ثوب،فخاط بعضه ، واحترق الثوب ، استحق الأجرة لما عمل .إن قلنا : ينفسخ العقد ، استحق أجرة المثل،وإلا، فقسط المسمى . ولو استأجره لحمل جرّة إلى موضع ،فزلق في الطريق فانكسرت ، لا شيء له من الأجرة . والفرق أن الخياطة تظهر على الثوب ، فوقع العمل مسلماً بظهور أثره ، والحمل لايظهر على الجرّة .

الثانية : أجر أرضاً فغرقت بسيل أو ماءٍ نبع منها ، فان لم يتوقع الحسارة في مدة الاجارة ، فهو كانهدام الدار. وإن توقع، فللمستأجر الخيار كما لو غصبت. فان أجاز ، سقط من الأجرة بقدر ما كان الماء عليها . وإن غرق نصفها وقد مضى نصف المدة ، انفسخ العقد فيه . والمذهب : أنه لاينفسخ في الباقي ، بل له الخيار فيه في بقية المدة . فان فسخ وكانت أجرة المدة لاتتفاوت ، فعليه نصف المسمى للمدة الماضية . وإن أجاز ، فعليه ثلاثة أرباع المسمى ، فالنصف للماضي، والربع للباقي .

الثالثة : تعطّل الرحى لانقطاع الماء،والحمام لخلل في الأبنية، أو لنقص الماء في بئره ونحوه ، كانهدام الدار ، وكذا لو استأجر قناة فانقطع ماؤها . فلو نقص ،

ثبت الخيار ولم ينفسخ . ولو استأجر طاحونتين متقابلتين ، فنقص الماء ،وبقي ماء تدور به إحداهما ولم يفسخ ، قال العبادي : تلزمه أجرة أكثرهما .

الرابعة : قال في « التتمـة » :لو دفع غزلاً إلى نساج واستأجره لنسج ثوب طوله عشرة في عرض معلوم ، فجاء بالثوب وطوله أحد عشر ، لايستحق شيئاً من الأجرة ، وإن جاء به وطوله تسعة ، فان كان طول السَّدى عشرة ، استحق من الأجرة بقدره،لأنه لو أراد أن ينسج عشرة لتمكن منه . وإن كان طوله تسعة ، لم يستحق شيئاً،لمخالفته . ولو كان الغزل المدفوع إليه مسدى ، واستأجره كما ذكرنا، ودفع إليه من اللحمة مايحتاج إليه ، فجـاء [به] أطول في العرض المشروط ، لم يستحق الزيادة شيئاً . وإن جاء به أقصر في العرض المشروط ، استحق بقدره من الأجرة . وإن وافق في الطول،وخالف في العرض ، فان كان أنقص ، نظر، إن كان ذلك لمجاوزته القدر المشروط من الصفاقة ، لم يستحق شيئاً من الأجرة، لأنه مفرط لمخالفته . وإن راعى المشروط في صفة الثوب رقة وصفاقة ، فله الأجرة، لأن الخلل والحالة هذه من السَّدى . وإن كان زائداً ، فان أخذ بالصفاقة ، لم يستحق شيئاً ، وإلا ، استحق الأجرة بتمامها ، لأنه زاد خيراً .

الخامسة : مها ثبت الخيار لنقص ، فأجاز ، ثم أراد الفسخ ، فان كان [ذلك] السبب بحيث لايرجى زواله ، بأن انقطع الماء ، ولم يتوقع عوده ، فليس له الفسخ، لأنه عيب واحد وقد رضي به . وإن كان بحيث يرجى زواله ، فله الفسخ مالم يزل، لأن الضرر يتجدد ، كما لو تركت المطالبة بعد مدة الايلاء ، أو الفسخ بعد ثبوت الاعسار ، فلها العود إليه . وكذا لو اشترى عبداً فأبق قبل القبض وأجاز ، ثم أراد الفسخ ، فله ذلك ما لم يعُد العبد .

فصـــل

لو أراد المستأجر أن يستبدل عن المنفعة ، فان كانت الاجارة في الذمة ،لم يجز. وإن كانت إجارة عين ، قال البغوي : هو كما لو أجر العين المستأجرة للمؤجر ،وفيه وجهان . أصحها : الجواز وإن جرى بعد القبض .

فصـــل

لو ضمن رجل العهدة للمستأجر ، ففي « الفتاوى » أنه يصح ويرجع عليه عند ظهور الاستحقاق . وعن ابن سريج : أنه لايصح .

قلت : ومما يتعلق بكتاب الاجارة ، مسائل .

إحداها : إذا توجه الحبس على الأجير ، قال الغزالي في « الفتاوى » : إن أمكن العمل في الحبس ، جمع بينهما . وإن تعذر ، فان كانت الاجارة على العين ، قدم حق المستأجر كما يقدم حق المرتهن ، ولأن العمل مقصود في نفسه ،والحبس ليس مقصوداً في نفسه ، ثم القاضي يستوثق [عليه مدة العمل] إن خاف هربه على ما يراه . وإن كانت الاجارة في الذمة ، طولب بتحصيله بغيره . فان امتنع ، حبس بالحقين .

الثانية : لايلزم المؤجر أن يدفع عن العين المستأجرة الحريق والنهب وغيرهما، وإنما عليه تسليم العين ورد الاجرة إن تعذر الاستيفاء . وأما المستأجر ، فان قدر على ذلك من غير خطر ، لزمه كالمودَع.

الثالثة : إذا وقعت الدار على متــاع المستأجر ، فلا شيء عـــلى المؤجر ، ولا أجرة تخليصه .

الرابعة : استأجره لبناء درجة ،فلما فرغ منها انهدمت في الحال ، فهذا قد يكون لفساد الآلة ، وقد يكون لفساد العمل، والرجوع فيه إلى أهل العرف . فان قالوا : هذه الآلة قابلة للعمل المحكم وهو المقصّر ، لزمه غرامة ماتلف .

الخامسة : إذا جعل[غـلـّة]في المسجد وأغلقه ، لزمه أجرته ،لأنه كما يضمن المسجد بالاتلاف يضمن منفعته، ذكر هذه المسائل الخمس الغزالي في « الفتاوى »، وتقييده في المسجد بما إذا أغلقه ، لاحاجة إليه، بل لو لم يغلقه ، ينبغي أن تجب الأجرة ،للعلة المذكورة .

السادسة : استأجر بهيمة إلى بلد لحمل متاع ، ثم أراد في أثناء الطريق بيعه والرجوع ، وطلب رد بعض الأجرة ، فليس له شيء ،لان الاجارة عقد لازم ، بل إن باعه ،فله حمل مثله إلى المقصد المسمى .

السابعة : في فتاوى القــاضي حسين : أنه لو أكره الامام رجلاً على غسل ميت ، فلا أجرة له ،لان غسله فرض كفاية ، فاذا فعله بأمر الامام ، وقع عن الفرض ، ولو أكرهه بعض الرعية ، لزمه أجرة المثل،لانه مما يستأجر عليه ،هذا كلام القاضي حسين ، ووافقه جماعة . قال إمام الحرمين : هذا إذا لم يكن للميت تركة ، ولا في بيت المال سعة . فان كان له تركة ، فمؤنة تجهيزه في تركته ، وإلا، ففي بيت المال إن اتسع ، فيستحق المكرَه الأجرة . قال الرافعي في أوائل كتاب السيّر : هذا التفصيل حسن ، فيحمل عليه إطلاقهم .

الثامنة : أجرت نفسها للارضاع ، هل عليها الفطر في رمضان إذا احتاج الرضيع إليه ؟ فيه كلام سبق واضحاً في كتاب الصيام .

التاسعة : استأجر ابنه الذي بلغ سناً يعمل مثله فيه ليُسقط نفقته عن نفسه وينفق عليه من أجرته ، جاز ، كما يشتري ماله ، ذكره في فتاوى القاضي حسين .

والله أعلم

* * *

كتاب الجعالة

هي أن يقول : من رد عبدي الآبق ، أو دابتي الضالّة ، ونحو ذلك،فله كذا ، وهي عقد صحيح للحاجة ، وأركانه أربعة .

أحدها : الصيغة الدالة على الاذن في العمل بعوض يلتزمه ، فلو رد آبقاً أو ضالة بغير إذن مالكها ، فلا شيء له ، سواء كان الراد معروفاً برد الضوال ، أم لا .ولو قال لزيد : ردّ آبقي ولك دينار ، فرده عمرو ، لم يستحق شيئاً ، لأنه لم يشرط له . ولو رده عبد زيد ، استحق زيد ، لان يد عبده يده . ولو قال : من رده فله كذا ، فردّه من لم يبلغه نداؤه ، لم يستحق شيئاً ،لأنه متبرع . فان قصد التعوّض لاعتقاده أن مثل هذا العمل لايحبط ، لم يستحق شيئاً على المذهب ، ولا أثر لاعتقاده . وعن الشيخ أبي محمد ، تردد فيه . ولو عين رجلاً فقال : إن رده زيد فله كذا، فرده زيد غير عالم باذنه ، لم يستحق شيئاً . ولو أذن في الرد ولم يشرط عوضاً ، فلا شيء للراد على المذهب وظاهر النص ، وفيه الخلاف السابق فيمن قال : اغسل ثوبي ولم يسمّ عوضاً .

فصل

لايشترط أن يكون الملتزم من يقع العمل في ملكه . فلو قال غير المالك : من رد عبد فلان فله كذا ، استحقه الراد على القائل . ولو قال فضولي : قال فلان : من رد عبدي فله كذا ، لم يستحق الراد على الفضولي شيئاً ، لانه لم يلتزم . وأما

المالك ، فان كذب الفضولي عليه ، فلا شيء عليه . وإن صدق ، قال البغوي : يستحق عليه . وكأن هذا فيما إذا كان المخبر ممن يعتمد قوله ، وإلا ، فهو كما لو ردّ غير عالم باذنه .

قلت : لو شهد الفضولي على المالك باذنه ، قال : فينبغي أن لاتقبل شهادته، لانه متهم في ترويج قوله . وأما قول صاحب « البيان » : مقتضى المذهب قبولها ، فلا يُوافق عليه . والله أعلم

فرع

سواء في صيغة المالك قوله : من رد عبدي ، وقوله : إن رده إنسان ، أو إن رددته ، أو رُدّه ولك كذا .

الركن الثاني : المتعاملان . فأما ملتزم الجعل ، فيشترط أن يكون مطلق التصرف . وأما العامل ، فيجوز أن يكون شخصاً معيناً ، وجماعة ، ويجوز أن لايكون معيناً ولامعينين ، وقد سبق بيانه في الركن الاول . ثم إذا لم يكن العامل معيناً ، فلا يتصور قبول العقد وإن كان لم يشترط قبوله ، كذا قاله الاصحاب ، وهو المذهب . وقال الامام : لايمتنع أن يكون كالوكيل في القبول ، ويشترط عند التعيين أهلية العمل في العامل .

الركن الثالث : العمل ، فما لاتجوز الاجارة عليه من الاعمال لكونه مجهولاً ، تجوز الجعالة عليه للحاجة ، وما جازت الاجارة عليه ، جازت الجعالة أيضاً على الصحيح. وقيل : لا ، للاستغناء بالاجارة . ولو قال : من رد مالي فله كذا ، فرده من كان في يده ، نظر ، إن كان في رده كلفة كالآبق ، استحق الجعل . وإن لم يكن، كالدراهم

والدنانير ، فلا ، لان مالا كلفة فيه لايقابل بالعوض . ولو قال : من دلني على مالي فله كذا ، فدله مَنْ المال في يده ، لم يستحق شيئاً، لان ذلك واجب عليه شرعاً، فلا يأخذ عليه عوضاً . وإن كان في يد غيره،فدله عليه ، استحق ،لان الغالب أنه يلحقه مشقة بالبحث عنه . وما يعتبر في العمل لجواز الاجارة ، يعتبر في الجعالة ، سوى كونه معلوماً .

قلت : فمن ذلك أنه لو قال : من أخبرني بكذا، فأخبره به إنسان ، فلا شيء له،لانه لايحتاج فيه إلى عمل، كذا صرح به البغوي وغيره . والله أعلم

الركن الرابع : الجعل المشروط ، وشرطه أن يكون معلوماً كالاجرة،لعدم الضرورة إلى جهالته . فان شرط مجهولاً ، بأن قال : من رد آبقي فله ثوب أو دابة، أو إن رددته فعليَّ أن أرضيك أو أعطيك شيئاً ، فسد العقد . وإذا رد ، استحق أجرة المثل ، وكذا لو جعل الجعل خمراً أو خنزيراً . ولو جعل الجعل ثوباً مغصوباً ، قال الامام : يحتمل أن يكون فيه قولان كما لو جعل المغصوب صداقاً ، فيرجع في قول بأجرة المثل ، وفي قول بقيمة المسمى . قال : ويحتمل القطع بأجرة المثل . ولو قال : من رد عبدي فله سلبه أو ثيابه ، قال المتولي : إن كانت معلومة ،أو وصفها بما يفيد العلم ، استحق الراد المشروط ، وإلا ، فأجرة المثل . ولو قال : فله نصفه أو ربعه ، فقد صححه المتولي ، ومنعه أبو الفرج السرخسي .

فصل

لو قال : من ردَّ لي عبدي من بلد كذا فله دينار ، بني على الخلاف في صحة الجعالة في العمل المعلوم ،فان صححناها ، فمن رده من نصف الطريق ، استحق نصف

الجعل ، ومن رده من ثلثه ، استحق الثلث . وإن رده من مكان أبعد ، لم يستحق زيادة . ولو قال : من ردّ لي عبدين فله كذا ، فرد أحدهما ، استحق نصف الجعل. ولو قال : إن رددتما عبديّ فلكما كذا ، فرده أحدهما ، استحق النصف ، لأنه لم يلتزم له أكثر من ذلك . وإن قال : إن رددتما لي عبدين ، فرد أحدَهما أحدُهما، استحق الربع .

فصل

قال : من رد عبدي فله دينار ، فاشترك جماعة ، فالدينار مشترك بينهم . ولو قال لجماعة : إن رددتموه ، فردوه ، فكذلك ، ويقسم بينهم على الرؤوس . ولو قال لزيد : إن رددته فلك دينار ، فرده هو وغيره ، فلا شيء لذلك الغير ، لأنه لم يلتزم له . وأما زيد، فان قصد الغير معاونته إما بعوض وإما مجاناً، فله تمام الجعل، ولا شيء للغير على زيد، إلا أن يلتزم له أجرة ويستعين به . وإن قال : عملت للمالك ، لم يكن لزيد جميع الدينار ، بل له نصفه على الصحيح الذي قاله الاصحاب . ورأى الامام التوزيع على العمل أرجح . ولو شاركه اثنان في الرد ، فان قصدا إعانة زيد ، فله تمام الجعل ، وإن قصدا العمل للمالك ، فله ثلثه . وإن قصد أحدهما إعانته ، والآخر العمل للمالك، فله الثلثان .

فان قيل : هل للعامل المعين أن يوكل بالرد غيره كما يستعين به ؟ وهل إذا كان النداء عاماً يجوز أن يوكل من سمعه غيره في الرد ؟

قلنا : يشبه أن يكون الأول كتوكيل الوكيل ، والثاني كالتوكيل بالاحتطاب والاستقاء .

قلت : ولو قال : أول من يرد آبقي فله دينار ، فرده اثنان ، استحقا الدينار، وستأتي هذه المسألة إن شاء الله تعالى في آخر الطرف الثالث من الباب السادس في تعليق الطلاق . والله أعلم

فرع

قال لرجل : إن رددته فلك كذا ، ولآخر: إن رددته فلك كذا ، وللثالث : إن رددته فلك كذا ، فاشتركوا في الرد ، قال الشافعي رضي الله عنه : لكل واحد ثلث ماجعل له ، اتفقت الأجعال أم اختلفت . قال المسعودي : هذا إذا عمل كلٌ منهم لنفسه . أما لو قال أحدهم : أعنت صاحبيَّ وعملت لهما ، فلا شيء له ،ولكل منهما نصف ماشرط له . ولو قال اثنـان : عملنا لصاحبنا ، فلا شيء لهما،وله جميع المشروط . وقول الشافعي رضي الله عنه : لكل واحد الثلث ، تصريح بالتوزيع على الرؤوس ، فلو رده اثنان منهم ، فلكل منهما نصف المشروط[له] ،وإن أعان الثلاثةَ رابعٌ في الرد ، فلا شيء له . ثم إن قال: قصدت العمل للمالك ، فلكل واحد من الثلاثة ربع المشروط له . وإن قال : أعنتهم جميعاً ، فلكل واحد منهم ثلث المشـروط [له] كما لو لم يكن معهم غيرهم . وإن قال : أعنت فلاناً ، فله نصف المشروط له،ولكل واحد من الآخرين ربع المشروط له . وعلى هذا القياس لو قال : أعنت فلاناً وفلاناً ، فلكل واحد منهما ربع المشروط له وثمنه ، وللثالث ربـع المشروط له . ولو قال لواحد : إن رددته فلك دينار ، وقال لآخر : إن رددته فلك ثوب ،فردّاه ، فللأول نصف دينار ، وللثاني نصف أجرة المثل .

قلت : ولو قال المُعينُ للثلاثة مثلاً في الصورة السابقة :أردت أن آخذ الجعل من المالك ،لم يستحق شيئاً،وكان لكل من الثلاثة ربع المشروط له. والله أعلم

فصل
في أحكام الجعالة

فمنها : الجواز ، فلكل واحد من المالك والعامل فسخها قبل تمام العمل ،فأما بعد تمام العمل ، فلا أثر للفسخ،لان الدّين لزم . ثم إن اتفق الفسخ قبل الشروع في العمل ، فلا شيء للعامل . وان كان بعده، فان فسخ العامل ،فلا شيء له ،لأنه امتنع باختياره ولم يحصل غرض المالك . وإن فسخ المالك ، فوجهان . أحدهما : لاشيء للعامل كما لو فسخ بنفسه . والصحيح ،أنه يستحق أجرة المثل لما عمل، وبهذا قطع الجمهور ، وعبّروا عنه بأنه ليس له الفسخ حتى يضمن للعامل أجرة مثل ما عمل . ولو عمل العامل شيئاً بعد الفسخ ، لم يستحق شيئاً إن علم بالفسخ . فان لم يعلم ، بني على الخلاف في نفوذ عزل الوكيل في غيبته قبل علمه .

فرع

تنفسخ الجعالة بالموت ، ولا شيء للعامل لما عمله بعد موت المالك . فلو قطع بعض المسافة ، ثم مات المالك فردّه إلى وارثه ، استحق من المسمى بقدر عمله في الحياة .

فرع

ومن أحكامها : جواز الزيادة والنقص في الجعل،وتغير جنسه قبل الشروع في

العمل . فلو قال : من رد عبدي ، فله عشرة . ثم قال : من رده فله خمسة أو بالعكس ، فالاعتبار بالنداء الأخير . والمذكور فيه هو الذي يستحقه الرادُّ ، لكن لو لم يسمع الراد النداء الأخير ، قال الغزالي : يحتمل أن يقال : يرجع إلى أجرة المثل . وأما بعد الشروع في العمل ، ففي كلام صاحب « المهذب » وغيره تقييد جواز الزيادة والنقص بما قبل العمل ، وفي كلام الغزالي قبل الفراغ. فالظاهر، أنه في أثناء العمل يؤثِّر في الرجوع إلى أجرة المثل ، لأن النداء الأخير فسخ للأول ، والفسخ في أثناء العمل يقتضي أجرة المثل.

فرع

ومن أحكامها ، توقُّف استحقاق الجعل على تمام العمل. فلو سعى في طلب الآبق ، فردَّه فمات في باب دار المالك قبل أن يسلِّمه إليه ، أو هرب ، أو غُصب ، أو تركه العامل فرجع ، فلا شيء للعامل ، لأنه لم يرد .

قلت : ومنه لو خاط نصف الثوب فاحترق ، أو تركه، أو بنى بعض الحائط فانهدم ، أو تركه ، فلا شيء للعامل ، قاله أصحابنا . والله أعلم

فرع

إذا رد الآبق ، لم يكن له حبسه لاستيفاء الجعل ، لأن الاستحقاق بالتسليم، ولا حبس قبل الاستحقاق .

فرع

قال : إن علَّمتَ هذا الصبي، أو إن علَّمتني القرآن ، فلك كذا ، فعلَّمه البعض،

وامتنع من تعليم الباقي ، فلا شيء له ، وكذا إن كان الصبي بليداً لايتعلَّم ، لأنه كمن طلب العبد فلم يجده .ولو مات الصبي في أثناء التعليم،[استحق أجرة ماعلَّمه، لوقوعه مسلَّماً بالتعليم ، بخلاف رد الآبق ،وإن منعه أبوه من التعلُّم] فله أجرة المثل لما علَّمه .

فصل

إذا جاء بآبق وطلب الجعل ، فقال المالك : ما شرطتُ جعلاً ،أو شرطته على عبد آخر ، أو ماسعيتَ في رده بل هو جاء بنفسه ، فالقول قول المالك ، لأن الأصل عدم الشرط وبراءته . ولو اختلفا في قدر المشروط ، تحالفا،وللعامل أجرة المثل . وكذا لو قال المالك : شرطته على رد عبدين ، فقال الراد : بل الذي رددتهُ فقط .

فرع

قال :من ردّ عبدي إلى شهر، فله كذا ، قال القاضي أبوالطيب : لايصح،لان تقدير المدة يخلّ بمقصود العقد ، فربما لايجده فيها فيضيع عمله ولايحصل غرض المالك ، كما لايجوز تقدير مدة القراض .

فرع

قال : بع عبدي هذا ، أو اعمل كذا ، ولك عشرة دراهم ، ففي بعض التصانيف أنه إن كان العمل مضبوطاً مقدّراً ، فهو إجارة . وإن احتاج إلى تردد، أو كان غير مضبوط ، فهو جعالة .

فرع

لم أجده مسطوراً

يدُ العامل على مايقع في يده إلى أن يردّه يدُ أمانة . فلو رفع يده عن الدابة وخلاّها في مضيعة ، فهو تقصير مضمّن ، ونفقة العبد والدابة مدة الرد ، يجوز أن تكون كما ذكرنا في مستأجر الجمال إذا هرب الجمَّال وخلاها عنده ، ويجوز أن يقال : ذاك للضرورة ، وهنا أثبت العامل يده مختاراً ، فليتكلَّف المؤنة ، ويؤيد هذا العادةُ.

قلت : عجب قول الامام الرافعي في نفقة المردود : لا أعلمه مسطوراً ، وأنه يحتمل أمرين ، وهذا قد ذكره القاضي ابن كج في كتابه « التجريد » وهو كثير النقل عنه ، فقال : إذا أنفق عليه الراد ، فهو متبرع عندنا . وهذا الذي قاله ، ظاهر جارٍ على القواعد . وقول الرافعي : وخلاها في مضيعة ، لاحاجة إلى التقييد بالمضيعة، فحيث خلاها ، يضمن . والله أعلم

فرع

قال : إن أخبرتني بخروج زيد من البلد ، فلك كذا ، فأخبره ، ففي « فتاوى القفال » : أنه إن كان له غرض في خروجه ، استحق ، وإلا ، فلا ، وهذا يقتضي كونه صادقاً ، وينبغي أن ينظر ، هل يناله تعب ، أم لا ؟

قلت : ومما يتعلق بالباب ،وتدعو إليه الحاجة ، ما ذكره القاضي حسين وغيره،وهو مما لاخلاف فيه ، أنه لو كان رجلان في بادية ونحوها ، فمرض أحدهما،وعجز عن السير ، لزم

الآخرَ المقامُ معه ، إلا أن يخاف على نفسه ، فله تركه . وإذا أقام ، فلا أجرة له . وإذا مات ، أخذ هذا الرجل ماله وأوصله إلى ورثته ، ولا يكون مضموناً ، قال القاضي : وكذا لو غشي عليه ، قال : وأما وجوب أخذ هذا المال ، فان كان أميناً ، ففيه قولان كاللقطة . وعندي ، أن المذهب هنا الوجوب .

ومنها : ما ذكره ابن كج ، قال : إذا وجدنا عبيداً أبقوا ، فالمذهب أن الحاكم يحبسهم انتظاراً لصاحبهم . فان لم يجيء لهم صاحب ، باعهم الحاكم وحفظ ثمنهم فاذا جاء صاحبهم ، فليس له غير الثمن . وإذا سرق الآبق ، قُطع كغيره . والله أعلم

* * *

كتاب إحياء الموات

إحياء الموات مستحب، وفيه ثلاثة أبواب.

[الباب] **الأول** : في رقاب الأرضين، وهي قسمان.

أحدهما : أرض بلاد الاسلام، ولها ثلاثة أحوال.

أحدها : أن لا تكون معمورة في الحال، ولا من قبل، فيجوز تملكها بالاحياء، سواء أذن فيه الامام، أم لا، ويكفي فيه إذن رسول الله ﷺ في الأحاديث المشهورة (١)، ويختص ذلك بالمسلمين. فلو أحياها الذمي بغير إذن الامام، لم يملك قطعاً، ولو أحيا بإذنه، لم يملك أيضاً على الأصح (٢)، وقال الاستاذ أبو طاهر: يملك. فاذا قلنا بالصحيح، فكان له فيها عين مال، نقلها. فان بقي بعد النقل أثر عمارة، قال ابن كج: إن أحياه رجل بإذن الامام، ملكه، وإن لم يأذن، فوجهان.

قلت : لعل أصحهما: الملك، إذ لا أثر لفعل الذمي. والله أعلم

ولو ترك العمارة متبرعاً، تولى الامام أخذ غلتها وصرفها في مصالح المسلمين، ولم يجز لأحد تملكها.

فرع

للذمي الاصطياد والاحتطاب والاحتشاش في دار الاسلام، لأن ذلك يخلف،

---

(١) منها قوله صلى الله عليه وسلم «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» رواه أحمد والترمذي من حديث جابر رضي الله عنه، ومنها قوله صلى الله عليه وسلم: «من عمر أرضاً ليست لأحد، فهو أحق بها» رواه أحمد والبخاري من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) في نسخ الظاهرية: على الصحيح.

ولا يتضرر به المسلمون، بخلاف الأرض ، وكذا للذمي نقل التراب من موات دار الاسلام إذا لم يتضرر به المسلمون .

فرع

المستأمن كالذمي في الاحيـــاء وفي الاحتطـاب ونحوه ، والحربي ممنوع من جميع ذلك .

الحال الثاني : أن تكون معمورة في الحال ، فهي لملاكها ، ولا مدخل فيها للاحياء.

الحال الثالث : أن لاتكون معمورة في الحال وكانت معمورة قبلُ ، فان عُرف مالكها ، فهي له أو لوارثه ، ولا تملك بالعمارة . وإن لم يُعرف ، نظر ، إن كانت عمارة إسلامية ، فهي لمسلم أو لذمي ، وحكمها حكم الأموال الضائعة . قال الامام : والأمر فيه إلى رأي الامام .فان رأى حفظه إلى أن يظهر مالكه ، فعل ، وإن رأى بيعه وحفظ ثمنه ، فعل ، وله أن يستقرضه على بيت المال . هذا هو المذهب ، وفيه خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى قريباً . وإن كانت عمارة جاهلية ، فقولان . ويقال: وجهان . أحدهما : لاتملك بالاحياء ، لأنها ليست بموات . وأظهرهما : تملك كالركاز .وقال ابن سريج وغيره : إن بقي أثر العمارة أو كان معموراً في جاهلية قريبة ، لم تملك بالاحياء ، وإن اندرست بالكلية وتقادم عهدها ، مُلكت . ثم إن البغوي وآخرين عمّموا هذا [الخلاف] ، وفرّعوا على المنع أنها إن أخذت بقتال فهي للغانمين ، وإلا ،فهي أرض للفيء ، وقال الامام : موضع الخلاف إذا لم يُعلم كيفية استيلاء المسلمين عليه ودخوله تحت يدهم ، فأمـا إن علم ، فان حصلت بقتال ، فللغانمين ، وإلا ، ففيء، وحصة الغانمين تلتحق بملك المسلم الذي لا يُعرف . وطرد جماعة الخلاف ، فيما إذا

كانت العمارة إسلامية ولم يعرف مالكها ،وقالوا : هي كلقطة لايعرف مالكها . والجمهور فرقوا بين الجاهلية والاسلامية كما سبق .

القسم الثاني : أرض بلاد الكفار ، ولها ثلاثة أحوال .

أَحدها : أن تكون معمورة، فلا مدخل للاحياء فيها ، بل هي كسائر أموالهم. فاذا استولينا عليها بقتال أو غيره ، لم يخفَ حكمه .

الحال الثاني : أن لاتكون معمورة في الحال ولا من قبل ، فيتملّكها الكفار بالاحياء . وأما المسلمون ،فينظر،إن كان مواتاً لايذبّون المسلمين عنه ، فلهم تملّكه بالاحياء،ولا يملك بالاستيلاء،لأنه غير مملوك لهم حتى يُملك عليهم . وإن ذبّوا عنه المسلمين ، لم يملك بالاحياء كالمعمور من بلادهم . فان استولينا عليه ، ففيه أوجه . أصحها : أنه يفيد اختصاصاً كاختصاص المتحجر ، لأن الاستيلاء أبلغ منه . وعلى هذا فسيأتي إن شاء الله تعالى خلاف في أن التحجُّر [هل] يفيد جواز البيع ؟ إن قلنا : نعم ، فهو غنيمة كالمعمور . وإن قلنا : لا ، وهو الأصح ، فالغانمون أحق باحياء أربعة أخماسه ، وأهل الخمس أحق باحياء خمسه . فان أعرض الغانمون عن إحيائه ، فأهل الخمس أحق به . ولو أعرض بعض الغانمين ،فالباقون أحق . وإن تركه الغانمون وأهل الخمس جميعاً ، ملكه من أحياه من المسلمين .

قلت : في تصور إعراض اليتامى والمساكين وابن السبيل ، إشكال ،فيصوَّر في اليتامى أن أولياءهم لم يروا لهم حظاً في الاحياء ، ونحوُه في الباقين .

والله أعلم

والوجه الثاني : أنهم يملكونه بالاستيلاء كالمعمور .

و[الوجه]الثالث :لايفيد ملكاً ولا اختصاصاً ،بل هو كموات دار الاسلام، مَن أحياه ملكه .

الحال الثالث : أن لاتكون معمورة في الحال وكانت معمورة ، فان عُرف مالكها ، فكالمعمورة ، وإلا ، ففيه طريقة الخلاف وطريقة ابن سريج السابقتان في القسم الأول .

فرع

إذا فتحنا بلدة صلحا على أن تكون لنا ويسكنوا بجزية ، فالمعمور منها فيء ، ومواتها الذي كانوا يذبّون عنه ، هل يكون متحجراً لأهل الفيء ؟ وجهان . أصحها : نعم . فعلى هذا ، هو فيء في الحال ،أم يُحبّسه الامام لهم ؟ وجهان . أصحها : الثاني ، وإن صالحناهم على أن تكون البلدة لهم ، فالمعمور لهم، والموات يختصون باحيائه تبعاً للمعمور ، وعن القاضي أبي حامد وصاحب « التقريب » : أنه إنما يجب علينا الامتناع عن مواتها إذا شرطناه في الصلح ، والأول أصح .

فرع

قال البغوي : البيَـع التي للنصارى في دار الاسلام ، لاتملك عليهم . فان فنُوا ، فهو كما لو مات ذمي ولا وارث له ، فتكون فيئاً .

فرع (١)

حريم المعمور لايملك بالاحياء ، لأن مالك المعمور يستحق مرافقه ، وهل نقول: إنه يملك تلك المواضع ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأن الملك بالاحياء ولم يحيها ،

---

(١) في نسخ الظاهرية : فصل .

وأصحها : نعم ، كما يملك عرصة الدار ببناء الدار ، ولأن الاحياء تارة [يكون] بجعله معموراً ، وتارة بجعله تبعاً للمعمور . ولو باع حريم ملكه دون الملك ، لم يصح، قاله أبوعاصم ، كما لو باع شيرب الأرض وحده . قال : ولو حفر اثنان بئراً على أن يكون نفس البئر لأحدهما وحريمها للآخر ، لم يصح [1] وكان الحريم لصاحب البئر ، وللآخر أجرة عمله .

فرع

في بيان الحريم

وهو المواضع القريبة التي يحتاج إليها لتمام الانتفاع ، كالطريق ومسيل الماء ونحوهما، وفيه صور .

إحداها : ذكرنا في الحال الثالث : إذا صالحنا الكفار على بلدة ، لم يجز إحياء مواتها الذي يذبون عنه على الأصح ، فهو من حريم تلك البلدة ومرافقها .

الثانية : حريم القرى المحياة : ما حولها من مجتمع أهل النادي ، ومرتكض الخيل ، ومُناخ الابل ، ومُطَّرَح الرماد والسماد ، وسائر مايُعدّ من مرافقها . وأما مرعى البهائم ، فقال الامام : إن بعد عن القرية ، لم يكن من حريمها . وإن قرب ولم يستقل مرعى ،ولكن كانت البهائم ترعى فيه عند الخوف من الابعاد ، فعن الشيخ أبي علي ، خلاف فيه ، والأصح عند الامام : أنه ليس بحريم . وأما مايستقل مرعى وهو قريب ، فينبغي أن يقطع بأنه حريم . وقال البغوي : مرعى البهائم حريم للقرية مطلقاً .

---

(١) في نسخ الظاهرية : لم يجز .

فرع

المحتطب كالمرعى .

الثالثة : حريم الدار في الموات :مطرح التراب والرماد والكناسات والثلج ،والممر في الصوب الذي فتح إليه الباب ، وليس المراد منه استحقاق الممر في قبالة الباب على امتداد الموات ، بل يجوز لغيره إحياء مافي قبالة الباب إذا ابقي الممر له ، فان احتاج إلى انعطاف وازورار ، فعل .

فرع

عدّ جماعة منهم ابن كج فناء الدار من حريمها. وقال ابن الصباغ : عندي أن حيطان الدار لافناء لها ولاحريم . فلو أراد محي أن يبني بجنبها ، لم يلزمه أن يبعد عن فنائها ، لكن يمنع مما يضر الحيطان كحفر بئر بقربها .

الرابعة : البئر المحفورة في الموات ، حريمها الموضع الذي يقف فيه النازح ، وموضع الدولاب ومتردد البهيمة إن كان الاستقاء بها ، ومصب الماء ، والموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية والزروع من حوض ونحوه ، والموضع الذي يطرح فيه مايخرج منه ، وكل ذلك غير محدود ، وإنما هو بحسب الحاجة ، كذا قاله الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم . وفي وجه : حريم البئر : قدر عمقها من كل جانب ، ولم ير الشافعي رضي الله عنه التحديد ، وحمل اختلاف روايات الحديث في التحديد ، على اختلاف القدر المحتاج إليه . وبهذا يقاس حريم النهر المحفور في الموات . وأما القناة ، فآبارها لايستقى منها حتى يعتبر به الحريم ، فحريمها : القدر الذي لو حفر فيه لنقص ماؤها ، أو خيف منه انهيار وانكباس ، ويختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها.

وفي وجه : أن حريمها حريم البئر التي يستقى منها ، ولا يُمنع من الحفر إذا جاوزه وإن نقص الماء ، وبهذا الوجه قطع الشيخ أبوحامد ومن تابعه . والقائلون به ، قالوا: لو جاء آخر وتنحَّى عن المواضع المعدودة حريماً، وحفر بئراً ينقص ماء الأول ،لم يمنع منه، وهو خارج عن حريم البئر . والأصح : أنه ليس لغيره الحفر حيث ينقص ماءها ، كما ليس لغيره التصرف قريباً من بنائه بما يضر به ، بخلاف ما إذا حفر بئراً في ملكه، فحفر جاره بئراً في ملكه فنقص ماء الأول ، فانه يجوز . قال ابن الصباغ : والفرق أن الحفر في الموات ابتداء تملّك ،فلا يمكّن منه إذا تضرر الغير ، وهنا كل واحد متصرف في ملكه . وعلى هذا ، فذلك الموضع داخل في حريم البئر أيضاً . واعلم أن ما حكمنا بكونه حريماً،فذلك إذا انتهى الموات إليه . فان كان هناك ملك قبل تمام حدّ الحريم ، فالحريم إلى حيث ينتهي الموات.

فرع

كل ما ذكرناه في حريم الاملاك ، مفروض فيما إذا كان الملك محفوفاً بالموات ، أو متاخماً له من بعض الجوانب. فأما الدار الملاصقة الدار ،فلا حريم لها،لأن الاملاك متعارضة ،وليس جعلُ موضعٍ حريماً لدار،أولى من جعله حريماً لأخرى،وكل واحد من الملاّك يتصرف في ملكه على العادة ، ولا ضمان عليه إن أفضى إلى تلف. فان تعدى ، ضمن . والقول في تصرف المالكين المتجاوزين بما يجوز وما لايجوز ، وبماذا يتعلق الضمان ، منه ماسبق في كتاب الصلح ، ومنه ما سيأتي إن شاء الله تعالى في خلال الدّيات .

فرع

لو اتخذ داره المحفوفة بالمساكن حماماً ، أو اصطبلاً ، أو طاحونة ، أو حانوته في صف العطارين حانوت حداد أو قصار على خلاف العادة ، ففيه وجهان . أحدهما: يُمنع ، للاضرار . وأصحها : الجواز ، لأنه متصرف في خالص ملكه ، وفي منعه إضرار به . وهذا إذا احتاط وأحكم الجدران بحيث يليق بما يقصده ، فان فعل ما الغالب فيه ظهور الخلل في حيطان الجار ، فالأصح : المنع ، وذلك مثل أن يدق الشيء في داره دقاً عنيفاً تتزعزع [١] منه الحيطان ، أو حبس الماء في ملكه بحيث تنتشر منه النداوة إلى حيطان الجار . ولو اتخذ داره مدبغة ، أو حانوته مخبزة حيث لا يُعتاد، فان قلنا : لا يُمنع في الصورة السابقة ، فهنا أولى ، وإلا ففيه تردد للشيخ أبي محمد. واختار الروياني في كل هذا، أن يجتهد الحاكم فيها،ويمنع إن ظهر له التعنُّت وقصدُ الفساد . قال : وكذلك القول في إطالة البناء ومنع الشمس والقمر .

فرع

لو حفر في ملكه بئر بالوعة وفسد بها ماء بئر جاره،فهو مكروه ،لكن لا يُمنع منه ،ولا ضمان عليه بسببه على الصحيح ، وخالف فيه القفال .

فرع

لا يُمنع من إحياء ما وراء الحريم،قَرُب، أم بعد ،وسواء أحياه أهل العمران، أم غيرهم .

(١) في نسخ الظاهرية : تنزعج .

فرع

موات الحرم يُملك بالاحياء، كما أن معموره يُملك بالبيع والهبة.وهل تُملك أرض عرفات بالاحياء كسائر البقاع،أم لا، لتعلق حق الوقوف بها ؟ وجهان . إن قلنا : تُملك ، ففي بقاء حق الوقوف فيما ملك وجهان. إن قلنا : يبقى،فذاك مع اتساع الباقي ، أم بشرط ضيقه على الحجيج ؟ وجهان . واختار الغزالي ، الفرق بين أن يضيق الموقف فيمنع ،أو،لا ، فلا . والأصح : المنع مطلقاً،وهو أشبه بالمذهب، وبه قطع المتولي ، وشبّهها بما تعلق به حق المسلمين عموماً وخصوصاً ، كالمساجد والطرق والرباطات ، ومصلّى العيد خارج البلد .

قلت : وينبغي أن يكون الحكم في أرض منى ومزدلفة، كعرفات ،لوجود المعنى. **والله أعلم**

فصل

الشارع في إحياء الموات متحجّر ما لم يتمه ،وكذا إذا أعلم عليه علامة للعمارة، مِنْ نصب أحجار ، أو غرز خشبات ،أو قصبات ، أو جمع تراب،أو خطّ خطوط، وذلك لايفيد الملك، بل يجعله أحق به من غيره. وحكى ابن القطان وجهاً : أنه يملك به ،وهو شاذ ضعيف ،والتفريع على الصحيح .

قلت : قال أصحابنا : إذا مات المتحجّر ، انتقل حقه إلى ورثته.ولو نقله إلى غيره ، صار الثاني أحق به . **والله أعلم**

وينبغي للمتحجِّر أن لايزيد على قدر كفايته ، وأن لايتحجَّر مالا يمكنه القيام بعمارته . فان خالف ، قال المتولي : فلغيره أن يحيي مازاد على كفايته ، وما زاد على مايمكنه عمارته . وقال غيره : لايصح تحجره أصلا ، لأن ذلك القدر غير متعين .

قلت : قول المتولي أقوى . والله أعلم

وينبغي أن يشتغل بالعمارة عقيب التحجُّر . فان طالت المدة ولم يحي ، قال له السلطان : أحي أو ارفع يدك عنه . فان ذكر عذراً واستمهله ، أمهله مدة قريبة يستعد فيها للعمارة . والنظر في تقديرها إلى رأي السلطان ، ولا تتقدر بثلاثة أيام على الأصح ، فاذا مضت ولم يشتغل بالعمارة ، بطل حقه . وليس لطول المدة الواقعة بعد التحجر حدٌّ معين ، وإنما الرجوع فيه إلى العادة . قال الامام : وحق المتحجر يبطل بطول الزمان وتركه العمارة وإن لم يرفع الأمر إلى السلطان ولم يخاطبه بشيء ، لأن التحجر ذريعة إلى العمارة ، وهي لاتؤخَّر عن التحجر إلا بقدر تهيئة أسبابها ، ولهذا لايصح تحجر من لايقدر على تهيئة الأسباب ، كمن يتحجر ليعمر في السنة القابلة ، وكفقير يتحجر ليعمر إذا قدر ، فوجب إذا أخَّر وطال أن يعود مواتاً كما كان ، هذا كلام الامام . وحكى الشيخ أبو حامد مثله عن أبي إسحاق ، ثم قال : عندي أنه لايبطل إلا بالرفع إلى السلطان ومخاطبته .

فرع

لو بادر أجنبي قبل أن يبطل حق التحجر ، فأحيا ماتحجره ، ملكه المحيي على الأصح المنصوص ، لأنه حقق سبب الملك وإن كان ظالماً ، كما لو دخل في سوم أخيه واشترى .

والثاني : لايملك،لئلا يبطل حق غيره .

والثالث: أنه إن انضم إلى التحجر إقطاع السلطان ، لم يملك المحيي ، وإلا ،فيملك.

والرابع : إن أخـذ المتحجر في العمارة ، لم يملك المبادر ، وإلا ، فيملك .
وشبَّهوا المسألة بالخلاف فيما إذا عشش الطائر في ملكه وأخذ الفرخَ غيرُه ،هل يملكه؟

قلت : والأصح أيضاً أنه يملكه. وكذا لو توحَّل ظبيٌ في أرضه ، أو وقع الثلج فيها ، ونحو ذلك ، وقد سبقت مسائل تتعلق بهذا في كتاب الصيد . والله أعلم

فرع

لو باع المتحجر ما تحجره ، وقلنا بالصحيح : إنه لايملك ،لم يصح بيعه عند الجمهور.
وقال أبو إسحاق وغيره : يصح ، وكأنه يبيع حق الاختصاص . وعلى هذا لو باع فأحياه في يد المشتري رجل ، وقلنا : يملك ، فهل يسقط الثمن، أم لا ،لحصول التلف بعد القبض ؟ وجهان .

قلت : أصحها : الثاني . وإذا قلنا : لايصح البيـع ،فأحياه المشتري قبل الحكم بفسخ البيـع ،فهل يكون له،أم للبائع ؟فيه وجهان حكاهما الشاشي ، والصحيح :الأول.
والله أعلم

فرع

لاقطاع الامام مدخل في الموات ، وفائدته مصير المُقطَع أحق باحيائه كالمتحجر .

وإذا طالت المدة ، أو أحياه غيره ، فالحكم كما سبق في المتحجر ، ولا يُقطَع إلا لمن يقدر على الاحياء ، وبقدر مايقدر عليه .

فصل

في بيان الاحياء

قال الأصحاب : المعتبر مايعدُّ إحياءً في العرف ، ويختلف باختلاف ما يقصد به . وتفصيله بمسائل .

إحداها : إذا أراد المسكن ، اشترط التحويط بالآجر أو اللبن أو الطين أو القصب أو الخشب بحسب العادة ، ويشترط أيضاً تسقيف البعض ونصب الباب على الصحيح فيها .

الثانية : إذا أراد زريبة للدواب ، أو حضيرة يجفف فيها الثمار أو يجمع فيها الحطب أو الحشيش ، اشترط التحويط ، ولا يكفي نصب سعف وأحجار من غير بناءٍ ،لأن المتملك لايقتصر على مثله في العادة ، وإنما يفعله المجتاز . ولو حوط البناء في طرف ، واقتصر للباقي على نصب الأحجار والسعف ، حكى الامام عن القاضي ، أنه [يكفي] ، وعن شيخه : المنع . ولا يشترط التسقيف هنا . وفي تعليق الباب ، الخلاف السابق .

الثالثة : إذا أراد مزرعة ، اشترط أمور .

أحدها : جمع التراب حواليه لينفصل المحيا عن غيره . وفي معناه : نصب قصب وحجر وشوك ، ولا حاجة إلى التحويط . وقال الشيخ أبو حامد : عندي

إذا صارت الأرض مزرعة بماء سيق إليها ، فقد تم الاحياء وإن لم يجمع التراب حولها .

الثاني : تسوية الأرض بطم المنخفض وكسح المستعلي وحراثتها وتليين ترابها ، فان لم يتيسر ذلك إلا بماء يساق إليها ، فلا بد منه لتتهيأ للزراعة .

الثالث : ترتيب ماء لها بشق ساقية من نهر ، أو بحفر بئر أو قناة وسقيها ، هل يشترط ذلك ؟ أطلق جماعة اشتراطه ، والأصح ما ذكره ابن كج وغيره : أن الأرض إن كانت بحيث يكفي لزراعتها ماء السماء ، لم يشترط السقي وترتيب ماء على الصحيح . وإن كانت تحتاج إلى ماء يساق إليها ، اشترط تهيئة ماء من عين أو بئر أو غيرهما . وإذا هيأه ، نظر ، إن حفر له الطريق ولم يبق إلا إجراء الماء ، كفى ، ولم يشترط الاجراء ، ولا سقي الأرض . وإن لم يحفر بعد ،فوجهان. وأما أرض الجبال التي لايمكن سوق الماء إليها ولا يصيبها إلا ماء السماء ، فمال صاحب « التقريب » إلى أنه لامدخل للاحياء فيها ، وبه قال القفال وبنى عليه : أنّا إذا وجدنا شيئاً من تلك الأرض في يد إنسان ، لم نحكم بأنه ملكه ،ولانجوز بيعه وإجارته . ومن الأصحاب من قال : يملك بالحراثة وجمع التراب على الأطراف، واختاره القاضي حسين . ولا تشترط الزراعة ، لحصول الملك في المزرعة على الأصح، لأنها استيفاء منفعة وهو خارج عن الاحياء ، وكما لايشترط في الدار أن يسكنها .

[المسألة] **الرابعة**: إذا أراد بستاناً أو كرماً ، فلا بد من التحويط ، والرجوع فيما يحوط به إلى العادة ، قاله ابن كج . وقال : فان كانت عادة البلد بناء جدار ، اشترط البناء. وإن كان عادتهم التحويط بالقصب والشوك وربما تركوه أيضاً كما في البصرة وقزوين، اعتبرت عادتهم ، وحينئذ يكفي جمع التراب حواليه كالمزرعة . والقول في سوق الماء إليه كما سبق في المزرعة . ويعتبر غرس الأشجار على المذهب ، وبه قطع الجمهور .

وقيل : لا يعتبر إذا لم يعتبر الزرع في المزرعة . والفرق على المذهب ، أن اسم المزرعة يقع على الأرض قبل الزرع ،بخلاف البستان قبل الغرس ، ولأن الغرس يدوم فألحق بأبنية الدار ، بخلاف الزرع .

فرع

طرق الأصحاب متفقة على أن الاحياء يختلف باختلاف ما يقصده المحيي من مسكن وحظيرة وغيرهما . وذكر الامام شيئين .

أحدهما : أن القصد إلى الاحياء هل يعتبر لحصول الملك ؟ فقال : مالا يفعله في العادة إلا المتملك كبناء الدار واتخاذ البستان ، يفيد الملك وإن لم يوجد قصد . وما يفعله المتملك وغيره، كحفر البئر في الموات ، وكزراعة قطعة من الموات اعتماداً على ماء السماء ، إن انضم إليه قصد ، أفاد الملك ، وإلا ، فوجهان . ومالا يكتفي به المتملك ، كتسوية موضع النزول ، وتنقيته عن الحجارة ، لا يفيد الملك . وإن قصده شبّه ذلك بالاصطياد بنصب الأحبولة في مدارج الصيود يفيد ملك الصيد . وإغلاق الباب إذا دخل الصيد الدار على قصد التملك ، يفيد الملك .ودونه وجهان . وتوحل الصيد في أرضه التي سقاها ، لا يفيد الملك وإن قصده .

الشيء الثاني : إذا قصد نوعاً وأتى بما يُقصد به نوع آخر ، أفاد الملك ، حتى إذا حوّط البقعة يملكها وإن قصد المسكن ، لأنه مما يملك به الزريبة لو قصدها . قال الامام الرافعي رحمه الله تعالى : أما الكلام الأول ، فمقبول لا يلزم [منه] مخالفة الاصحاب ، بل إن قصد شيئاً اعتبرنا في كل مقصود ما فصّلوه ، وإلا ، نظرنا فيما أتى به وحكمنا بما ذكره . وأما الثاني ، فمخالفته لما ذكره الأصحاب صريحة، لما فيه من الاكتفاء بأدنى العمارات أبداً .

فرع

إذا حفر بئراً في الموات للتملك ، لم يحصل الاحياء ما لم يصل إلى الماء . وإذا وصل ، كفى إن كانت الأرض صلبة ، وإلا ، فيشترط أن تطوى . وقال الامام : لاحاجة إليه . وفي حفر القناة ، يتم الاحياء بخروج الماء وجريانه . ولو حفر نهراً ليجري الماء فيه على قصد التملك ، فاذا انتهى رأس النهر الذي يحفره إلى النهر القديم ،وجرى الماء فيه ، ملكه ، كذا قاله البغوي وغيره . وفي « التتمة » :أن الملك لايتوقف على إجراء الماء فيه ، لأنه استيفاء منفعة كالسكون في الدار .

قلت : هذا الثاني ، أقوى . والله أعلم

فصل

في الحمى

هو أن يحمي بقعة من الموات لمواشٍ بعينها ، ويمنع سائر الناس الرعي فيها ، وكان لرسول الله ﷺ أن يحمي لخاصة نفسه ، ولكنه لم يفعله ﷺ ، وإنما حمى النقيع لابل الصدقة ونعم الجزية وخيل المجاهدين .

قلت : النقيع بالنون عند الجمهور ، وهو الصواب . وقيل : بالباء الموحدة ، وبقيع الغرقد بالباء قطعاً . والله أعلم

وأما غير رسول الله ﷺ ، فليس للآحاد الحمى قطعاً ، ولا الأئمة لأنفسهم ، وفي حماهم لمصالح المسلمين ، قولان . أظهرها : الجواز . وقيل : يجوز قطعاً . فاذا

جوزناه ، فهل يختص بالامام الأعظم ، أم يجوز أيضاً لولاته في النواحي ؟ وجهان حكاهما ابن كج وغيره . أصحها : الثاني . وسواء حمى لخيل المجاهدين ، أم لنعم الجزية والصدقة ، والضوالّ ، ومال الضعفاء عن الابعاد في طلب النجعة ، ثم لايحمي إلا الأقل الذي لايبين ضرره على النـاس ولا يضيّق الأمر عليهم ، ثم ما حماه رسول الله ﷺ ، نصّ ، فلا ينقض ولا يغير بحال، هذا هو المذهب . وقيل : إن بقيت الحاجة التي حمى لها ، لم يغير . وإن زالت ، فوجهان . أصحها : المنع ، لأنه تغيير المقطوع بصحته باجتهـاد . وأما حمى غيره ﷺ ، فاذا ظهرت المصلحة في تغييره ، جاز نقضه ورده إلى ماكان على الأظهر رعـاية للمصلحة . وفي قول : لايجوز كالمقبرة والمسجد . وقيل : يجوز للحامي نقض حماه ، ولايجوز لمن بعده من الأئمة ، وإذا جوزنا نقضه، فأحياه رجل باذن الامـام ، ملكه وكان الاذن في الاحياء نقضاً . وإن استقل المحيي، فوجهان . ويقال : قولان منصوصان. أصحها : المنع، لما فيه من الاعتراض على تصرف الامام وحكمه .

قلت : بقيت من الحمى مسائل مهمة .

منهـا : لو غرس أو بنى أو زرع في النقيـع ، نقضت عمارته ، وقلع زرعه وغرسه ، ذكره القاضي أبوحامد في « جامعه ».

ومنها : أن الحمى ينبغي أن يكون عليه حفّاظ من جهة الامام أو نائبه ، وأن يمنع أهل القوة من إدخال مواشيهم ، ولا يمنـع الضعفاء، ويأمره الامام بالتلطف بالضعفاء من أهل الماشية ، كما فعل عمر رضي الله عنه . قال القاضي أبو حامد : فان كان للامـام ماشية لنفسه ، لم يدخلها الحمى ، لأنه من أهل القوة . فان فعل فقد ظلم المسلمين .

ومنها : لو دخل الحمى من هو من أهل القوة ، فرعى ماشيته ، قال أبوحامد :

فلا شيء عليه ، ولا غرم ولا تعزير ، ولكن يمنع من الرعي ، ونقل ابن كج أيضاً عن نص الشافعي رضي الله عنه أنه لاغرم عليه ، وليس هذا مخالفاً لما ذكرناه في كتاب الحج ، أن من أتلف شيئاً من شجر النقيع أو حشيشه ضمنه على الأصح .

ومنها : أن عامل الصدقات إذا كان يجمعها في بلد ، هل له أن يحمي موضعاً لايتضرر به أهل البلد ليرعاها فيه؟ قال أبوحامد : قيل: له ذلك ،ولم يذكر خلافه. وقال ابن كج : إن منعنا حمى الامام ،فذا أولى ، وإلا ، فقولان.

ومنها : لايجوز للامام أن يحمي الماء المعدّ لشرب خيل الجهاد وإبل الصدقة والجزية وغيرها بلاخلاف ، ذكره الشيخ نصر في «تهذيبه». قال أصحابنا : إذا حمى الامام ،وقلنا : لايجوز حماه ، فهو على أصل الاباحة ، من أحياه ، ملكه .

ومنها : أنه يحرم على الامام وغيره من الولاة أن يأخذ من أصحاب المواشي عوضاً عن الرعي في الحمى أو الموات، وهذا لاخلاف فيه ، وقد نص عليه الماوردى في « الأحكام » ،وقاله آخرون . والله أعلم

الباب الثاني
في المنافع المشتركة وغيرها

بقاع الأرض إما مملوكة ، وإما محبوسة على الحقوق العامة كالشوارع والمساجد والمقابر والرباطات ، وإما منفكة عن الحقوق العامة والخاصة ، وهي الموات . أما المملوكة ، فمنفعتها تتبع الرقبة . وأما الشوارع ، فمنفعتها الأصلية : الطروق . ويجوز الوقوف والجلوس فيها لغرض الاستراحة والمعاملة ونحوهما ، بشرط أن لايضيّق على المارة ، سواء أذن فيه الامام ، أم لا ، وله أن يظلل على موضع جلوسه بما لايضر بالمارة من ثوب وبارية ونحوهما . وفي بناء الدّكة ، ما ذكرناه في كتاب الصلح . ولو سبق اثنان إلى موضع ، فهل يقرع بينهما ، أم يقدم الامام أحدهما ؟ وجهان .

أصحها : الاول . وفي ثبوت هذا الارتفاق لأهل الذمة وجهان حـكاهما ابن كج، وهل لاقطاع الامام فيه مدخل؟ وجهان . أصحها عند الجمهور : نعم ، وهو المنصوص ، لأن له نظراً فيه ، ولهذا يزعج من أضر جلوسه . وأما تملك شي من ذلك ، فلا سبيل إليه بحال . وحـكي وجه في « الرقم » للعبادي ، وشرح مختصر الجويني لابن طاهر ، أن للامام أن يتملك من الشوارع ما فضل عن حاجة الطروق ، والمعروف الأول.

قلت : وليس للامام ولا غيره من الولاة أن يأخذ ممن يرتفق بالجلوس والبيع ونحوه في الشوارع عوضاً بلا خلاف . والله أعلم

فرع

من جلس في موضع من الشارع ، ثم قام عنه ، إن كان جلوسه لاستراحة وشبهها ، بطل حقه . وإن كان لحرفة ومعاملة ، فان فارقه على أن لا يعود لتركه الحرفة ، أو لقعوده في موضع آخر ، بطل حقه أيضاً . وإن فارقه على أن يعود ، فالمذهب ماضبطه الامام والغزالي : أنه إن مضى زمن ينقطع فيه الذين ألفوا معاملته، بطل . وإن كان دونه ، فلا . وسواء فارق بعذر سفر ومرض ، أو بلا عذر، فعلى هذا لا يبطل حقه بالرجوع في الليل إلى بيته ، وليس لغيره مزاحمته في اليوم الثاني، وكذا الأسواق التي تقام في كل اسبوع ، أو في كل شهر مرة ، إذا اتخذ فيها مقعداً، كان أحق به في النوبة الثانية . وقال الاصطخري : إذا رجع ليلاً ، فمن سبقه أحق. وقال طائفة منهم القاضي وابن الصباغ : إن جلس باقطاع الامام ، لم يبطل بقيامه . وإن استقل وترك فيه شيئاً من متاعه ، بقي حقه ، وإلا ، فلا . وإذا قلنا بالأول، فأراد غيره الجلوس فيه مدة غيبته القصيرة إلى أن يعود ، فان كان لغير معاملة ، لم يمنع قطعاً ، وإلا ، لم يمنع أيضاً على الأصح .

قلت : وإذا وضع الناس الأمتعة وآلات البناء ونحو ذلك في مسالك الأسواق والشوارع ارتفاقاً لينقلوها شيئاً بعد شيء ،منعوا منه إن أضر بالمارة إضراراً ظاهراً، وإلا ، فلا ، ذكره الماوردي في « الأحكام السلطانية » . والله أعلم

فرع

يختص الجالس أيضاً بما حوله بقدر مايحتاج إليه لوضع متاعه ووقوف معامليه ، وليس لغيره أن يقعد حيث يمنع رؤية متاعه أو وصول المعاملين إليه ، أو يضيق عليه الكيل أو الوزن والأخذ والعطاء .

قلت : وليس له منع من قعد لبيع مثل متاعه إذا لم يزاحمه فيما يختص به من المرافق المذكورة . والله أعلم

فرع

الجوّال الذي يقعد كل يوم في موضع من السوق ، يبطل حقه بمفارقته .

فصل

وأما المسجد ، فالجلوس فيه يكون لأغراض .

منها : أن يجلس ليُقرأ عليه القرآن أو الحديث أو الفقه ونحوها، أو ليستفتى. قال أبوعاصم العبادي والغزالي : حكمه كمقاعد الأسواق ،لأن له غرضاً في ملازمته ذلك الموضع ليألفه الناس . وقال الماوردي: متى قام بطل حقه وكان السابق أحق به ، والأول أشبه بمأخذ الباب .

قلت : هذا المنقول عن الماوردي ، حكاه في « الأحكام السلطانية » عن جمهور الفقهاء .وعن مالك رضي الله عنه : أنه أحق ،فمقتضى كلامه : أن الشافعي وأصحابه، من الجمهور رضي الله عنهم . والله أعلم

ومنها : أن يجلس للصلاة ، فلا اختصاص له في صلاة أخرى . وأما الصلاة الحاضرة ، فهو أحق . فان فارق بغير عذر ، بطل حقه فيها أيضاً. وإن كان بعذر، فان فارق لقضاء حاجة ،أو تجديد وضوء ، أو رعاف ، أو إجابة داع ونحوها ، لم يبطل اختصاصه على الصحيح، للحديث الصحيح ، أن رسول الله ﷺ قال : «إذا قام أحدكم من مجلسه ـ في المسجد ـ فهو أحق به إذا عاد إليه»[1]،ولا فرق على الوجهين بين أن يترك إزاره ، أم لا ، ولا بين أن يطرأ العذر بعد الشروع في الصلاة ، أو قبله ، وإن اتسع الوقت .

ومنها : الجلوس للبيع والشراء والحرفة ، وهو ممنوع منه .

قلت : ومنها : الجلوس للاعتكاف ،وينبغي أن يقال :له الاختصاص بموضعه ما لم يخرج من المسجد إن كان اعتكافاً مطلقاً . وإن نوى اعتكاف أيام، فخرج لحاجة جائزة ، ففي بقاء اختصاصه إذا رجع احتمال، والظاهر بقاؤه ، ويحتمل أن يكون على الخلاف فيما إذا خرج المصلي لعذر .

ومنها : الجلوس لاستماع الحديث والوعظ ، والظاهر أنه كالصلاة فلا يختص فيما سوى ذلك المجلس ولا فيه إن فارقه بلا عذر ، ويختص إن فارق بعذر على المختار . ويحتمل أن يقال: إن كان له عادة بالجلوس بقرب كبير المجلس ،وينتفع الحاضرون بقربه منه لعلمه ونحو ذلك ، دام اختصاصه في كل مجلس بكل حال .

---

(١) رواه أحمد في « المسند » ومسلم ، وأبو داود ، وابن ماجه ، والبخاري في « الادب المفرد » من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

وأما مجلس الفقيه في موضـع معين حال تدريس المدرس في المدرسة أو المسجد ، فالظاهر فيه دوام الاختصاص ،لاطراد العرف،وفيه احتمال . والله أعلم

فرع

يمنع الناس من استطراق حِلَق القُرّاء والفقهاء في المسجد توقيراً لها.

فرع

قال الامام : لاشك في انقطاع تصرف الامام وإقطاعه عن بقاع المسجد ، فان المساجد لله تعالى ، ويخدشه شيئان .

أحدهما : ذكر الماوردي ، أن الترتّب في المسجد للتدريس والفتوى كالترتب للامامة ، فلا يعتبر إذن الامام في مساجد المحالّ، ويعتبر في الجوامع وكبار المساجد إذا كانت عادة البلد فيه الاستئذان ، فجُعل لاذن الامام أثر .

الثاني : عد الشيخ أبوحامد وطائفة رحاب المسجد مع مقاعد الأسواق فيما يقطع للارتفاق بالجلوس فيه للبيـع والشراء ، وهذا كما يقدح في نفي الاقطـاع ،يخالف المعروف في المذهب في المنع من الجلوس في المسجد للبيـع والشراء ، إلا أن يراد بالرحاب : الأفنية الخارجة عن حد المسجد .

قلت : قال الماوردي في « الأحكام »:إن حريم الجوامع والمساجد ، إن كان الارتفاق به مضراً بأهل المساجد ، منع منه ، ولم يجز للسلطان الاذن فيه ،وإلا، جاز . وهل يشترط فيه إذن السلطان ؟ وجهان . والله أعلم

فصل

الرباطات المسبّلة في الطرق وعلى أطراف البلاد ، من سبق إلى موضع منها صار أحق به ،وليس لغيره إزعاجه،سواء دخل باذن الامام ،أم بغيره ، ولا يبطل حقه بالخروج لشراء طعام ونحوه ، ولا يشترط تخليفه نائباً له في الموضع ، ولا أن يترك متاعه ،لأنه قد لايجد أميناً . فان ازدحم اثنان ولا سبق ، فعلى ماسبق في مقاعد الأسواق،وكذا الحكم في المدارس والخوانق إذا نزلها من هو[من]أهلها. وإذا سكن بيتاً منها مدة ، ثم غاب أياماً قليلة، فهو أحق إذا عاد . وإن طالت غيبته، بطل حقه .

قلت : والرجوع في الطول إلى العرف . ولو أراد غيره النزول فيه في مدة غيبة الأول على أن يفارقه إذا جاء الأول ، فينبغي أن يجوز قطعاً ، أو يكون على الوجهين السابقين في الموضع من الشارع. ويجوز لغير سكان المدرسة من الفقهاء والعوام دخولها ، والجلوس فيها ،والشرب من مياهها، والاتكاء والنوم فيها، ودخول سقايتها، ونحو ذلك مما جرى العرف به . وأما سكنى غير الفقهاء في بيوتها ، فان كان فيه نص من الواقف بنفي أو إثبات ، اتّبع ، وإلا ، فالظاهر منعه ، وفيه احتمال في بلد جرت به العادة . والله أعلم

فرع

النازلون في موضع من البادية ، أحق به وبما حواليه بقدر مايحتاجون إليه لمرافقهم، ولا يزاحمون في الوادي الذي سرّحوا إليه مواشيهم ، إلا أن يكون فيه كفاية للجميع، وإذا رحلوا ، بطل اختصاصهم وإن بقي أثر الفساطيط ونحوها .

قلت : ولو أرادت طائفة النزول في موضع من البادية للاستيطان ، قال الماوردي: إن كان نزولهم مضراً بالسابلة ، منعهم السلطان قبل النزول أو بعده . وإن لم يضر، راعى الأصلح في نزولهم ومنعهم ونقلِ غيرهم إليها . فان نزلوا بغير إذنه ، لم يمنعهم ، كما لا يمنع من أحيا مواتاً بغير إذنه ، ودبرهم بما يراه صلاحاً لهم ، وينهاهم عن إحداث زيادة إلا باذنه . **والله أعلم**

فصل

المرتفق بالشارع والمساجد ، إذا طال مقامه هل يزعج ؟ وجهان . أصحهما : لا ، لأنه أحد المرتفقين وقد سبق . والثاني : نعم . لتميز المشترك من المملوك . وأما الرُبُط الموقوفة ، فان عين الواقف مدة المقام ، فلا مزيد عليها ، وكذا لو وقف على المسافرين . وإن أطلق الواقف ، نظر إلى الغرض الذي بنيت له ، وعمل بالمعتاد فيه ، فلا يمكَّن من الاقامة في ربط المارة إلا لمصلحتها ، أو لخوف يعرض، أو أمطار تتواتر ، وفي المدرسة الموقوفة على طلبة العلم ، يمكَّن من الاقامة إلى إتمام غرضه . فان ترك التعلُّم والتحصيل ، أزعج . وفي الخانقاه ، لا يمكن هذا الضبط، ففي الازعاج إذا طال مقامه ماسبق في الشوارع .

الباب الثالث

في الاعيان الخارجة من الأرض

فيه طرفان .

[الطرف] **الأول** : في المعادن ، وهي البقاع التي أودعها الله تعالى شيئاً من الجواهر المطلوبة ، وهي قسمان ، ظاهرة ، وباطنة .

فالظاهرة : هي التي يبدو جوهرها بلا عمل ، وإنما السعي والعمل لتحصيله . ثم تحصيله قد يسهل ، وقد يكون فيه تعب ، وذلك كالنِّفْط وأحجار الرَّحى ، والبِرَام ، والكبريت ، والقطران ، والقار ، والمومياء ، وشبهها ، فلا يملكها أحد بالاحياء والعمارة ، وإن زاد بها النَّيل . ولا يختص بها أيضاً المتحجر ، وليس للسلطان إقطاعها ، بل هي مشتركة بين الناس كالمياه الجارية ، والكلأ ، والحطب . ولو حوَّط رجل على هذه المعادن وبنى عليها داراً أو بستاناً ، لم يملك البقعة ، لفساد قصده . وأشار في « الوسيط » إلى خلاف فيه . والمعروف ، الأول . وإذا ازدحم اثنان على معدن ظاهر ، وضاق المكان ، فالسابق أولى . ثم قال الجمهور : يقدَّم بأخذ قدر حاجته ، ولم يبينوا أنها حاجة يوم أو سنة . قال الامام : والرجوع فيه إلى العرف ، فيأخذ ماتقتضيه العادة لأمثاله . وإذا أراد الزيادة على مايقتضيه حق السبق ، فهل يزعج ، أم يأخذ ما شاء ؟ وجهان . أصحهما عند الأصحاب : يزعج . فأما إذا جاءا معاً ، فالأصح أنه يُقرع بينهما . والثاني : يجتهد الامام ويقدم من يراه أحوج وأحق. والثالث : ينصب من يقسم الحاصل بينهما . وقال العراقيون : الأوجه فيما إذا كانا يأخذان للحاجة . فان كانا يأخذان للتجارة ، يهايأ بينهما . فان تشاحا في الابتداء، أقرع بينهما . والأشهر : إطلاق الأوجه . وعلى مقتضى قول العراقيين : إذا كان أحدهما تاجراً والآخر محتاج ، يشبه أن يقدم المحتاج .

فرع

[من] المعادن الظاهرة ، الملح الذي ينعقد من الماء ، وكذا الجبلي إن كان ظاهراً لايحتاج إلى حفر وتنحية تراب ، والجص ، والمدر ، وأحجار النورة . وفي بعض شروح « المفتاح » عدَّ الملح الجبلي من المعادن الباطنة . وفي « التهذيب »

عد الكحل والجص منها ، وهما محمولان على ما إذا أحوج إظهارهما إلى حفر . ولو كان بقرب الساحل بقعة ، لو حفرت وسيق الماء إليها ظهر فيها الملح ، فليست هي من المعادن الظاهرة ، لأن المقصود منها يظهر بالعمل ، فللامام إقطاعها ، ومن حفرها وساق الماء إليها ، وظهر الملح ، ملكها كما لو أحيا مواتاً .

القسم الثاني : المعادن الباطنة ، وهي التي لايظهر جوهرها إلا بالعمل والمعالجة ، كالذهب ، والفضة ، والفيروزج ، والياقوت ، والرصاص ، والنحاس ، والحديد ، وسائر الجواهر المبثوثة في طبقات الأرض . وتردد الشيخ أبو محمد ، في أن حجر الحديد ونحوه ، من الباطنة ، أم الظاهرة ، لأن ما فيها من الجوهر بادٍ ؟ والمذهب أنه باطن ، لأن الحديد لايستخرج منه إلا بعلاج ، وليس البادي على الحجر عين الحديد ، وإنما هو في مخيلته . ولو أظهر السيل قطعة ذهب ، أو أتى بها ، التحقت بالمعادن الظاهرة . إذا ثبت هذا ، فالمعدن الباطن هل يملك بالحفر والعمل ؟ قولان ، لتردده بين الموات والمعدن الظاهر ، أظهرهما : لا ، رجحه الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم . فان قلنا : يملك ، فذاك إذا قصد التملك وحفر حتى ظهر النَّيل . فأما قبل الظهور ، فهو كالمتحجر ، وهذا كما إذا حفر بئراً في الموات على قصد التملك ، ملكها إذا وصل إلى الماء . وإذا اتسع الحفر ولم يوجد النَّيل إلا في الوسط ، أو في بعض الأطراف ، لم يقصر الملك على موضع النَّيل ، بل يملك أيضاً مما حواليه مما يليق بحريمه ، وهو قدر ما يقف فيه الأعوان والدواب . ومن جاوز ذلك وحفر ، لم يمنع وإن وصل إلى العروق . ويجوز للسلطان أن يقطعه كالموات . وإن قلنا : لايملك ، فالسابق إلى موضع منه أحق به ، لكن إذا طال مقامه ، ففي إزعاجه ما ذكرناه في المعادن الظاهرة . وقيل : لايزعج هنا قطعاً ، لأن هناك يمكن الأخذ دفعة فلا حاجة إلى الاطالة ، وهنا لايحصل إلا بمشقة فقدم السابق . ولو ازدحم اثنان ، فعلى الأوجه التي هناك . وفي جواز إقطاعها على هذا القول ،

قولان . أحدهما : المنع كالمعادن الظاهرة . وأظهرهما : الجواز ، ولا يقطع إلا قدراً يتأتى للمقطع العمل عليه والأخذ منه . وعلى القولين ، يجوز العمل في المعدن الباطن والأخذ منه بغير إذن الامام ، فانه إما كالمعدن الظاهر ، وإما كالموات .

فرع

لو أحيا مواتاً ، ثم ظهر فيه معدن باطن ، ملكه بلا خلاف ، لأنه بالاحياء ملك الأرض بأجزائها إن لم يعلم بها معدناً . فان علم واتخذ عليه داراً ، فطريقان . أحدهما : على القولين السابقين . والثاني : القطع بالملك . وأما البقعة المحياة ، فقال الامام : ظاهر المذهب ، أنها لاتملك ، لأن المعدن لايتخذ داراً ولامزرعة ، فالقصد فاسد . وقيل : يملكها . وكأن ما ذكرناه من الخلاف في المعادن الظاهرة عن « الوسيط » مأخوذ من هذا .

فرع

مما يتفرع على القولين في المعدن الباطن ، أنه إذا عمل عليه في الجاهلية ، هل يملك ؟ وهل يجوز إقطاعه ؟ إن قلنا : يملك بالحفر والعمل ، فهو ملك للغانمين ، وإلا ، ففي جواز إقطاعه القولان السابقان .

فرع

مالك المعدن الباطن ، لايصح منه بيعه على الصحيح ، لأن مقصوده النَّيل ، وهو متفرق في طبقات الأرض ، مجهول القدر والصفة ، فهو كبيع قدر مجموع من تراب

المعدن وفيه النَّيل، وهو باطل . وحكى الامام وجهاً في جوازه، لأن المبيع رقبة المعدن والنَّيل فائدته .

فرع

لو تملك معدناً باطناً ، فجاء غيره واستخرج منه نَيْلاً بغير إذنه ، لزمه رده ، ولا أجرة له . ولو قال المالك : اعمل فيه واستخرج النيل لي ، ففعل، ففي استحقاقه الأجرة الخلاف فيمن قال : اغسل ثوبي فغسل . ولو قال : اعمل فما استخرجته فهو لك ، أو قال : استخرج لنفسك ، فالحاصل لمالك المعدن ، لأنه هبة مجهول . وكان يمكن تشبيهه بإباحة ثمار البستان ، ولكن المنقول الأول . وفي استحقاقه الأجرة ، وجهان ، لكونه عمل لنفسه ، لكن لم يقع له ، ولا هو متبرع، وبثبوتها قال ابن سريج .

قلت : ثبوتها أصح. والله أعلم

ولو قال : اعمل فما استخرجته فهو بيننا مناصفة ، أو قال : فلك منه عشرة دراهم ، لم يصح، لأن الأول أجرة مجهولة ، والثاني : قد لا يحصل هذا القدر .

الطرف الثاني : في المياه ، وهي قسمان .

أحدهما : المباحة النابعة في موضع لا يختص بأحد ، ولا صُنع للآدميين في إنباطه وإجرائه كالفرات وجيحون وسائر أودية العالم والعيون في الجبال وسيول الأمطار، فالناس فيها سواء ، فان حضر اثنان فصاعداً ، أخذ كلٌّ ما شاء . فان قلَّ الماء أو ضاق المشرع ، قدّم السابق . فان جاءا معاً ، أقرع . وإن أراد واحد السقي وهناك محتاج للشرب ، فالشارب أولى . قاله المتولي ، ومن أخذ منه شيئاً في إناء أو جمله في حوض ، ملكه ولم يكن لغيره مزاحمته فيه، كما لو احتطب .وفي« النهاية»

وجه : أنه لايملكه ، لكنه أولى به من غيره . والصحيح : الأول ، وبه قطع الجمهور . وإن دخل شيء منه ملك إنسان بسَيْلٍ ، فليس لغيره أخذه ما دام فيه، لامتناع دخول ملكه بغير إذنه . فلو فعل ، فهل يملكه ، أم المالك استرداده ؟ وجهان . أصحهما : الأول . فاذا خرج من أرضه ، أخذه مَن شاء .

فرع

إذا أراد قوم سقيَ أرَضِيهم من مثل هذا الماء ، فان كان النهر عظيماً يفي بالجميع، سقى مَنْ شاء متى شاء . وإن كان صغيراً، أو كان الماء يجري من النهر العظيم في ساقية غير مملوكة ، بأن انخرقت بنفسها ، سقى الأول أرضه، ثم يرسله إلى الثاني ، ثم الثاني إلى الثالث . وكم يحبس الماء في أرضه ؟ وجهان، الذي عليه الجمهور : أنه يحبسه حتى يبلغ الكعبين . والثاني : يرجع في قدر السقي إلى العادة والحاجة. وقد قال الماوردي : ليس التقدير بالكعبين في كل الأزمان والبُلدان، لأنه مقدر بالحاجة، والحاجة تختلف باختلاف الأرض ، وباختلاف ما فيها [من] زرع وشجر، وبوقت الزراعة، ووقت السقي . وحكي وجه عن الداركي: أن الأعلى لايقدَّم على الأسفل، لكن يسقون بالحصص ، وهذا غريب باطل . ولو كانت أرض الأعلى بعضها مرتفعاً، وبعضها منخفضاً ، ولو سُقيا معاً لزاد الماء في المنخفضة على الحد المستحق ، أفرد كلٌ بعض بالسقي بما هو طريقه .

قلت : طريقه أن يسقي المنخفض حتى يبلغ الكعبين ، ثم يسدَّه ، ثم يسقي المرتفع. والله أعلم

وإذا سقى الأول، ثم احتاج إلى السقي مرة أخرى،مُكِّنَ منه على الصحيح فلو تنازع اثنان أرضاهما متحاذيتان ، أو أرادا شق النهر من موضعين متحاذيين يميناً وشمالاً ، فهل يقرع ، أو يقسم بينهما ، أو يقدّم الامام مَن يراه ؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها العبادي .

قلت : أصحها : يُقرع . والله أعلم

ولو أراد رجل إحياء موات وسَقْيه من هذا النهر ، نظر ، إن ضيَّق على السابقين ، مُنِـع،لانهم استحقوا أرضهم بمرافقها ، والماء من أعظم مرافقها ، وإلا، فلا منع .

فرع

عمارة حافات هذه الانهار،من وظائف بيت المال .

فرع

يجوز أن يبنيَ عليها من شاء قنطرة لعبور الناس إن كان الموضع مواتاً . وأما [ما] بين العمران ، فهو كحفر البئر في الشارع لمصلحة المسلمين . ويجوز بناء الرحى عليها إن كان الموضع ملكاً له أو مواتاً محضاً . وإن كان بين الارض المملوكة ،وتضرر الملاك ، لم يجز ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : المنع كالتصرف في سائر مرافق العمارات . وأصحها : الجواز ، كاشراع الجناح في السكة النافذة .

فصل

هذا الذي سبق ، إذا لم تكن الانهار والسواقي مملوكة . أما إذا كانت مملوكة بأن حفر نهراً يدخل فيه الماء من الوادي العظيم ، أو من النهر المنخرق منه ، فالماء باقٍ على إباحته ، لكن مالك النهر أحق به كالسيل يدخل ملكه ، فليس لأحد مزاحمته لسقي الارضين . وأما للشرب والاستعمال وسقي الدواب ، فقال الشيخ أبو عاصم والمتولي : ليس له المنع ، ومنهم من أطلق أنه لايدلي أحد فيه دلواً ،ويجوز لغيره أن يحفر فوق نهره نهراً إن لم يضيّق عليه . وإن ضيق ، فلا، فان اشترك جماعة في الحفر ، اشتركوا في الملك على قدر عملهم ، فان شرطوا أن يكون النهر بينهم على قدر ملكهم من الارض ، فليكن عمل كل واحد على قدر أرضه . فان زاد واحد متطوعاً ، فلا شيء له على الباقين . وإن زاد مكرَهاً ، أو شرطوا له عوضاً ، رجع عليهم بأجرة ما زاد، وليس للأعلى حبس الماء على الاسفل، بخلاف ما إذا لم يكن النهر مملوكاً . وإذا اقتسموا الماء بالايام والساعات ، جاز ، ولكل واحد الرجوع [متى شاء]،لكن لو رجع بعدما استوفى نوبته وقبل أن يستوفي الشريك ، ضمن له أجرة مثل نصيبه من النهر للمدة التي أجرى فيها الماء . وإن اقتسموا الماء نفسه ، فعلى ما سنذكره في القناة المشتركة . ولو أرادوا قسمة النهر وكان عريضاً ، جاز ، ولا يجري فيها الاجبار كما في الجدار الحائل . ولو أراد الشركاء الذين أرضهم أسفل توسيع فم النهر ، لئلا يقصر الماء عنهم ، لم يجز إلا برضى الاولين ، لأن تصرف الشريك في المشترك لايجوز إلا برضى الشريك ، ولانهم قد يتضررون بكثرة الماء . وكذا لايجوز للأولين تضييق فم النهر إلا برضى الآخرين، وليس لاحد منهم بناء قنطرة أو رحى عليه ، ولا غرس شجرة على حافته إلا برضى

الشركاء . ولو أراد أحدهم تقديم رأس الساقية التي يجري فيها الماء إلى أرضه، أو تأخيره ، لم يجز ، بخلاف ما لو قدّم باب داره إلى رأس السكة المنسدّة ، لانه يتصرف هناك في الجدار المملوك ، وهنا في الحافة المشتركة . ولو كان لاحدهم ماء في أعلى النهر ، فأجراه في النهر المشترك برضى الشركاء ليأخذه من الاسفل ويسقي به أرضه ، فلهم الرجوع متى شاؤوا ، لأنه عاريَّة ، وتنقية هذا النهر وعمارته يقوم بها الشركاء بحسب الملك . وهل على كل واحد عمارة الموضع المتسفّل عن أرضه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، وبه قطع ابن الصباغ ، لان المنفعة فيه للباقين . والثاني : نعم، وهو الاصح عند العبادي ، لاشتراكهم وانتفاعهم به .

فرع

كل أرض أمكن سقيها من هذا النهر ، إذا رأينا لها ساقية منه ولم نجد لها شرباً من موضع آخر ، حكمنا عند التنازع بأن لها شرباً منه . ولو تنازع الشركاء في النهر في قدر أنصبائهم ، فهل يجعل على قدر الارضين لان الظاهر أن الشركة بحسب الملك ، أم بالسوية لانه في أيديهم ؟ وجهان ، وبالاول قال الاصطخري رحمه الله تعالى .

قلت : هو أصحها . والله أعلم

فرع

لو صادفنا نهراً تُسقى منه أرضون ، ولم ندر أنه حفر أم انخرق ، حكمنا بأنه

مملوك ، لانهم أصحاب يد وانتفاع ، فلا يقدَّم بعضهم على بعض . وأكثر هذه المسائل يشتمل عليها كتاب « المياه » للعبادي رحمه الله تعالى .

القسم الثاني : المياه المختصة ببعض الناس ، وهي مياه الآبار والقنوات .

واعلم أن البئر يتصور حفرها على أوجه . أحدها : الحفر في المنازل للمارة . والثاني : الحفر في الموات على قصد الارتفاق لا للتملك ، كمن ينزل في الموات فيحفر للشرب وسقي الدواب . والثالث : الحفر بنية التملك . والرابع : الحفر الخالي عن هذه القُصود . فأما المحفورة للمارة ، فماؤها مشترك بينهم ، والحافر كأحدهم، ويجوز الاستقاء منها للشرب ، وسقي الزروع ، فان ضاق عنهما ، فالشرب أولى . وأما المحفورة للارتفاق دون التملك ، فالحافر أولى بمائها إلى أن يرتحل ، لكن ليس له منع ما فضل عنه عن محتاج إليه للشرب إذا استقى بدلو نفسه ، ولا منع مواشيه، وله منع غيره من سقي الزرع به . وفيه احتمال للامام ، لأنه لم يملكه، والاختصاص يكون بقدر الحاجة ، وبهذا قطع المتولي ، فحصل وجهان .

قلت : الأول هو الصحيح المعروف . والله أعلم

ويعتبر في الفاضل الذي يجب بذله ، أن يفضل عن نفسه وماشيته وزرعه . قال الامام : وفي المزارع احتمال على بُعد .

قلت : المراد : الفاضل الذي يجب بذله لماشية غيره . أما الواجب بذله لعطش آدمي محترم ، فلا يشترط فيه أن يفضل عن المزارع والماشية. والله أعلم

وإذا ارتحل المرتفق ، صارت البئر كالمحفورة للمارة ، فان عاد ، فهو كغيره . وأما المحفورة للتملك وفي ملك ، فهل يكون ماؤها مُلكاً ؟ وجهان . أصحهما : نعم ، وبه قال ابن أبي هريرة ، وهو المنصوص في القديم ، وحرملة ، لأنه نماء ملكه،

كالثمرة واللبن ، ويجري الخلاف فيما إذا انفجرت عين في ملكه .فان قلنا : لا يُملك، فنبع وخرج منه ، مَلكه من أخذه .وإن قلنا بالأصح : لايملكه الآخذ ، ولو دخل رجل ملكه وأخذه ، ففي ملكه الوجهان . وسواء قلنا : يملك،أم لا ، فلا يجب على صاحب البئر بذل الفاضل عن حاجته لزرع غيره على الصحيح ، ويجب بذله للماشية على الصحيح . وللوجوب شروط . أحدها : أن لايجد صاحب الماشية ماءً مباحاً . والثاني : أن يكون هناك كلأٌ يُرعى،وإلا ، فلا يجب على المذهب. وقال المتولي : فيه وجهان. الثالث:أن يكون الماء في مستقره ، فأما الماء الموجود في إناءٍ، فلا يجب بذل فضله على الصحيح.ثم عابرو السبيل ، يُبذَل لهم ولمواشيهم.وفيمن أراد الاقامة في الموضع وجهان ، لأنه لاضرورة [به] إلى الاقامة .

قلت :الأصح :الوجوب كغيره . وإذا وجب البذل ، مكّن الماشية من حضور البئر بشرط أن لايكون على صاحب الماء ضرر في زرع ولا ماشية . فان لحقه ضرر بورودها ، منعت ،لكن يجوز للرعاة استقاء فضل الماء لها ،قاله الماوردي .

والله أعلم

وهل يجب البذل للرعاة كما يجب للماشية ؟ وجهان حكاهما ابن كج . أصحها: يجب ،لأن البذل لسقاة الناس رعاة كانوا أو غيرهم، أولى من البذل للماشية،على أن الامام نقل في المنع من الشرب على الاطلاق وجهين إذا قلنا : مملوك . وإذا أوجبنا البذل ، هل يجوز أن يأخذ عليه عوضاً كاطعام المضطر ؟ وجهان ، الصحيح :لا، للحديث [الصحيح] ان النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء (١) .

قلت : قال الماوردي : لو كان هناك ماءان مملوكان لرجلين ، لزمهما البذل .فان اكتفت الماشية ببذل أحدهما ، سقط الفرض عن الآخر ،قال : وإذا لم توجد شروط

---

(١) روى مسلم في « صحيحه » عن جابر رضي الله عنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فضل الماء .

وجوب البذل ، جاز لمالكه أخذ ثمنه إذا باعه مقدّراً بكيل أو وزن ، ولايجوز بيعه مقدّراً بريّ الماشية ولا الزرع . والله أعلم

وأما المحفورة بلا قصد ، ففيها وجهان . أصحها : لا اختصاص له بمائها، والناس كلهم فيه سواء . والثاني: يختص بقدر حاجته ، كما أن الاحياء يفيد الملك وإن لم يقصده .

فصـــل

حكم القنوات حـكم الآبار في ملك مياهها وفي وجوب البذل وغيرهما ، إلا أن حفرها لمجرد الارتفاق لايكاد يقع . ومتى اشترك المتملّكون في الحفر ، اشتركوا في الملك بحسب اشتراكهم في العمل أو الارتفـاق كما ذكرنا في النهر المملوك ، ثم لهم قسمة الماء بأن تنصب خشبة مستوية الأعلى والأسفل في عرض النهر ، ويفتح فيها ثقب متساوية ، أو متفاوتة على قدر حقوقهم، ويجوز أن تكون الثقب متساوية مع تفاوت الحقوق ، إلا أن صاحب الثلث يأخذ ثقبة ، والآخر ثقبتين ،ويسوق كل واحد نصيبه في ساقية إلى أرضه، وله أن يدير رحىً بما صار له، ولا يشق أحد منهم ساقية قبل المقسم،ولا ينصب عليه رحىً ،وإن اقتسموا بالمهايأة، جاز أيضاً.وقد يكون الماء قليلاً لاينتفع به إلا كذلك ، ولكل واحد الرجوع كما ذكرنا في البئر ، هذا هو الصحيـح المعروف . وقيل : تلزم المهايأة ليثق كل واحد بالانتفـاع . وقيل : لاتصح القسمة بالمهايأة ، لأن الماء يقل ويكثر ، وتختلف فائدة السقي بالأيام .

قلت : لو أراد أحدهم أن يأخذ نصيبه من الماء ويسقي به أرضاً ليس لها رسم شرب من هذا النهر ،مُنع منه،لأنه يجعل شرباً لم يكن . والله أعلم

فرع

الذين يسقون أرضهم من الأودية المباحة ، لو تراضوا بمهايأة ، وجعلوا للأولين أياماً، وللآخرين أياماً، فهذه مسامحة من الاولين بتقدم الآخرين، وليست بلازمة والظاهر: أن من رجع من الأولين، مُكّن من سقي أرضه .

فصل
في بيع الماء

أما المحرز في إناء أو حوض ، فبيعه صحيح على الصحيح ، وقد سبق فيه الوجه ، وليكن عمق الحوض معلوماً ، ولا يجوز بيع ماء البئر والقناة فيها ، لأنه مجهول ، ويزيد شيئاً فشيئاً فيختلط فيتعذّر التسليم . وإن باع منه آصعاً ، فان كان جارياً ، لم يصح ، إذ لايمكن ربط العقد بمقدار . وإن كان راكداً وقلنا :إنه غير مملوك ، لم يصح . وإن قلنا : مملوك ، فقال القفال:لايصح أيضاً، لانه يزيد فيختلط المبيع . والاصح : الجواز كبيع صاع من صبرة . وأما الزيادة ، فقليلة ، فلا تضر ، كما لو باع القت في الأرض بشرط القطع، وكما لو باع صاعاً من صبرة وصبّ عليها صبرة أخرى، فان البيع بحاله ، ويبقى البيع مابقي صاع من الصبرة . ولو باع الماء مع قراره ، نظر، إن كان جارياً فقال : بعتك هذه القناة مع مائها ، أو إن لم يكن جارياً وقلنا : إن الماء لايُملك ، لم يصح البيع في الماء، وفي القرار قولا تفريق الصفقة ، وإلا ، فيصح. ولو باع بئر الماء وأطلق ، أو باع داراً فيها بئر ماء ، جاز . ثم إن قلنا : يملك ، فالموجود حال البيع يبقي للبائع ، وما يحدث ، المشتري . قال البغوي : وعلى هذا لا يصح البيع حتى يشترط أن الماء الظاهر المشتري ، لئلا يختلط الماءان . وإن قلنا : لايملك،

فقد أطلقوا أن المشتري أحق بذلك الماء . وليحمل على ما نبع بعد البيع ، فأما ما نبع قبله ، فلا معنى لصرفه إلى المشتري .

قلت : هذا التأويل الذي قاله الامام الرافعي فاسد ، فقد صرح الأصحاب بأن المشتري على هذا الوجه أحق بالماء الظاهر ، لثبوت يده على الدار ، وتكون يده كيد البائع في ثبوت الاختصاص [به] . والله أعلم

ولو باع جزءاً شائعاً من البئر أو القناة ، جاز ، وماينبع مشترك بينهما ، إما اختصاصاً مجرداً ، وإما ملكاً .

فرع

سقى أرضه بماءٍ مملوك لغيره ، فالغلَّة لصاحب البذر وعليه قيمة الماء . ولو استحل صاحبَ الماء ، كان الطعام أطيب .

قلت : ومما يتعلق بالكتاب ، ماذكره صاحب « العدة » : أنه لو أضرم ناراً في حطب مباح بالصحراء ، لم يكن له منع من ينتفع بتلك النار ، فلو جمع الحطب ملكه ، فاذا أضرم فيه النار ، فله منع غيره منها . والله أعلم



كتاب الوقف

فيه بابان .

[الباب] الأول : في أركانه وشروطه ، وفيه طرفان .

[الطرف] الاول : في أركانه ، وهي أربعة .

[الركن] الاول : الواقف، ويشترط كونه صحيح العبارة، أهلاً للتبرع .

الركن الثاني : الموقوف، وهو كل عين معينة مملوكة ملكاً يقبل النقل يحصل منها فائدة أو منفعة تستأجر لهـا . احترزنا بالعين ، حق المنفعة ، وعن الوقف ، الملتزم في الذمة ، وبالمعينة ، عن وقف أحد عبديه ، وبالمملوكة ، عمّـا لايملك ، وبقبول النقل ، عن أم الولد والملاهي . وأردنا بالفائدة : الثمرة واللبن ونحوها ، وبالمنفعة : السكنى واللبس ونحوهما . وقولنا : تستأجر لها ، احتراز من الطعام ونحوه .ونوضحه بمسائل .

إحداها : يجوز وقف العقار والمنقول ، كالعبيد ، والثياب ، والدواب ،والسلاح، والمصاحف ، والكتب ، سواء المقسوم والمشاع ، كنصف دار ونصف عبد ، ولايسري الوقف من نصف إلى نصف .

فرع

وقف نصف عبد ، ثم أعتق النصف الآخر ، لم يعتق الموقوف .

الثانية : يجوز [وقف] مايُراد لعين تستفاد منه ، كالأشجار للثمار ، والحيوان للبن والصوف والوبر والبيض ، وما يراد لمنفعة تستوفى منه ، كالدار ، والأرض .

ولا يشترط حصول المنفعة والفائدة في الحال ، بل يجوز وقف العبد والجحش الصغيرين ، والزّمن الذي يرجى زوال زمانته ، كما يجوز نكاح الرضيعة.

الثالثة : لايصح وقف الحر نفسه ، لأن رقبته غير مملوكة ، وكذلك مالك منافع الأموال دون رقابها ، لايصح وقفه إياها ، سواء ملك مؤقتاً ، كالمستأجر ، أم مؤبداً، كالموصى له بالمنفعة.

الرابعة : لايصح وقف أم الولد على الأصح . فان صححنا فمات السيد ،عتقت. قال المتولي : لايبطل الوقف ، بل تبقى منافعها للموقوف عليه ، كما لو أجرها ومات. وقال الامام : تبطل ، لأن الحرية تنافي الوقف، بخلاف الاجارة ، وهذا مقتضى كلام ابن كج ، ويجري الوجهان في صحة وقف المكاتب ، ويصح وقف المعلّق عتقه بصفة . فاذا وجدت الصفة ، فان قلنا : الملك في الوقف للواقف ، أو لله تعالى ، عتق وبطل الوقف . وإن قلنا : للموقوف عليه ، لم يعتق ويبقى الوقف بحاله.ويجوز وقف المدبّر،ثم هو رجوع إن قلنا : التدبير وصية،فان قلنا : تعليق بصفة،فهو كالمعلّق عتقه .

الخامسة : لايصح وقف الكلب المعلّم على الاصح . وقيل : لايصح قطعاً، لانه غير مملوك .

السادسة : في وقف الدراهم والدنانير وجهان ، كاجارتها ، إن جوّزناها ، صح الوقف لتكرى ، ويصح وقف الحلي لغرض اللبس . وحكى الامام أنهم ألحقوا الدراهم ليصاغ منها الحلي بوقف العبد الصغير ، وتردّد هو فيه .

السابعة : لايصح وقف مالايدوم الانتفاع به ، كالمطعوم والرياحين المشمومة، لسرعة فسادها.

الثامنة : وقف ثوباً أو عبداً في الذمة ، لم يصح كما لو أعتق عبداً في الذمة. ولو وقف أحد عبديه ، لم يصح على الصحيح كالبيع . وقيل : يصح كالعتق .

التاسعة : يجوز وقف علو الدار دون سفلها .

العاشرة : يصح وقف الفحل للضراب ، بخلاف إجارته ،لان الوقف قربة يحتمل فيها مالايحتمل في المعاوضات .

الحادية عشرة : لايصح وقف الملاهي .

فرع

أجر أرضه ثم وقفها ، صح على المذهب، وبه قطع الشيخ أبوعلي،لانه مملوك بشرائطه، وليس فيه إلا العجز عن صرف منفعته إلى جهة الوقف في الحال، وذلك لايمنع الصحة ، كما لو وقف ماله في يد الغاصب . وفي فتاوى القفال : أنه على الخلاف في الوقف المنقطع الاول.وقيل : إن وقفه على المسجد صح،لمشابهته الاعتاق، وإن وقف على إنسان ، فخلاف .

فرع

استأجر أرضاً ليبنيَ فيها ، أو يغرس ، ففعل ، ثم وقف البناء والغراس ، صح على الاصح . ولو وقف هذا أرضه ، وهذا بناءه ، صح بلا خلاف ، كما لو باعاه . وإذا قلنا بالصحة ، ومضت المدة ، وقلع مالك الارض البناء ، فان بقي منتفعاً به بعد القلع ، فهو وقف كما كان . وإن لم يبق ، فهل يصير ملكاً للموقوف عليه ؟ أم يرجع إلى الواقف ؟ فيه وجهان ، وأرش النقص الذي يؤخذ من القالع ، يسلك به مسلك الوقف .

قلت : الاصح : صحة وقف ما لم يره ، ولا خيار له عند الرؤية . والله أعلم

الركن الثالث : الموقوف عليه ، وهو قسمان .

[**القسم**] **الاول** : أن يكون شخصاً معيناً ، أو جماعة معينين ، فشرطه أن يمكن تمليكه ، فيجوز الوقف على ذمي من مسلم وذمي ، كما تجوز الوصية له ، ولا يصح الوقف على الحربي والمرتد على الاصح ، لانهما لادوام لهما .

فرع

لايصح الوقف على من لايملك، كالجنين ، ولا يصح على العبد نفسه ، قال جماعة : هذا تفريع على قولنا :لايملك . فان ملّكناه ، صح الوقف عليه . وإذا عتق ، كان له دون سيده ، وعلى هـذا قال المتولي : لو وقف على عبد فلان وملّكناه ، صح وكان الاستحقاق متعلقاً بكونه عبد فلان ، حتى لو باعه أو وهبه، زال الاستحقاق . ولك أن تقول : الخلاف في أنه هل يملك مخصوص بما إذا ملّكه السيد ؟ فأما إذا ملكه غيره، فلا يملك بلا خلاف، وحينئذ إذا كان الواقف غير السيد ، كان الوقف على من لايملك . أما إذا أطلق الوقف عليه ، فهو وقف على سيده . كما لو وهب له ، أو أوصى له ، وإذا شرطنا القبول ، جاء خلاف في استقلاله به، كالخلاف في أنه هل يستقل بقبول الهبة والوصية،وقد سبق في باب معاملات العبيد .

فرع

لو وقف على مكاتَب ، قال الشيخ أبو حامد : لايصح كالوقف على القن . وقال المتولي : يصح في الحال وتصرف الفوائد إليه ، ونديم حكمه إذا عتق إن

أطلق الوقف . وإن قال : تصرف الفوائد إليه ما دام مكاتَباً ، بطل استحقاقه . وإن عجز ، بان لنا أن الوقف منقطع الابتداء .

فرع

وقف على بهيمة وأطلق ، هل هو كالوقف على العبد حتى يكون وقفاً على مالكها؟ وجهان . أصحها : لا ، لأنها ليست أهلاً بحال . ولهذا لاتجوز الهبة لها والوصية. والثاني : نعم . واختار القاضي أبو الطيب أنه يصح وينفق عليها منه ما بقيت ،وعلى هذا ، فالقبول لايكون إلا من المالك . وحكى المتولي في قوله : وقفت على علف بهيمة فلان ، أو بهائم القرية ، وجهين كصورة الاطلاق ، قال : والخلاف فيا إذا كانت البهيمة مملوكة . فلو وقف على الوحوش ، أو علف الطيور المباحة ، فلا يصح بلا خلاف .

فرع

في وقف الانسان على نفسه وجهان . أصحها : بطلانه ، وهو المنصوص . والثاني: يصح ، قاله الزبيري . وحكى ابن سريج أيضاً ، وحكى عنه ابن كج : أنه يصح الوقف ، ويلغو شرطه ، وهذا بناءً على أنه إذا اقتصر على قوله : وقفت ، صح ،وينبغي أن يطرد في الوقف على من لايجوز مطلقاً . ولو وقف على الفقراء ، وشرط أن تقضى من غلة الوقف زكاته وديونه ، فهذا وقف على نفسه وغيره ، ففيه الخلاف .وكذلك لو شرط أن يأكل من ثماره ، أو ينتفع به . ولو استبقى [الواقف] لنفسه التولية، وشرط أجرة ، وقلنا : لايجوز أن يقف على نفسه ، ففي صحة هذا الشرط وجهان كالوجهين في الهاشمي هل يجوز أن يأخذ سهم العاملين إذا عمل على الزكاة .

قلت : الأرجح هنا جوازه. قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح: ويتقيَّد ذلك بأجرة المثل ، ولا يجوّز الزيادة إلا من أجاز الوقف على نفسه. والله أعلم

ولو وقف على الفقراء، ثم صار فقيراً، ففي جواز أخذه وجهان إذا قلنا: لا يقف على نفسه ، لأنه لم يقصد نفسه وقد وجدت الصفة ، ويشبه أن يكون الأصح الجواز، ورجح الغزالي المنع، لأن مطلقه ينصرف إلى غيره . واعلم أن للواقف أن ينتفع بأوقافه العامة كآحاد الناس ، كالصلاة في بقعة جعلها مسجداً ، والشرب من بئر وقفها ونحو ذلك .

قلت : ومن هذا النوع ، لو وقف كتاباً على المسلمين للقراءة فيه ونحوها ، أو قِدراً للطبخ فيها ، أو كيزاناً للشرب بها ونحو ذلك ، فله الانتفاع معهم . والله أعلم

فرع

لو قال لرجلين : وقفت على أحدكما، لم يصح، وفيه احتمال عن الشيخ أبي محمد.

القسم الثاني : الوقف على غير معين، كالفقراء والمساكين ؛ وهذا يسمى وقفاً على الجهة ،لأن الواقف يقصد جهة الفقر والمسكنة،لا شخصاً بعينه ،فينظر في الجهة، إن كانت على المعصية، كعمارة الكنيسة وقناديلها وحصرها،وكتب التوراة والانجيل ؛ لم يصح ،سواء وقفه مسلم أو ذمي ،فنبطله إذا ترافعوا إلينا. أما ما وقفوه قبل المبعث على كنائسهم القديمة ، فنقرّه حيث نقرّ الكنائس.ولو وقف لسلاح قطّاع الطريق ، أو لآلات سائر المعاصي ، فباطل قطعاً . وإن لم تكن جهة معصية ، نظر ، فان ظهر فيه قصد القربة، كالوقف على المساكين،وفي سبيل الله تعالى ،والعلماء والمتعلمين،

والمساجد والمدارس والربط والقناطر ، صح الوقف . وإن لم يظهر قصد القربة، كالوقف على الأغنياء ، فوجهان، بناءً على أن المرعي بالوقف على الموصوفين جهة القربة، أم التمليك ؟ فحكى الامام عن المعظم : أنه القربة ، ولهذا لايجب استيعاب المساكين ، بل يجوز الاقتصار على ثلاثة منهم . وعن القفال أنه قال : التمليك كالوصية وكالوقف على المعيَّن ، وهذا الوجه اختيار الامام وشيخه، وطرق العراقيين توافقه ، حتى ذكروا أن الوقف على المساجد والربط ، تمليك المسلمين منفعة الوقف .فان قلنا بالأول، لم يصح الوقف على الأغنياء واليهود والنصارى والفسَّاق، والاصح : الجميع.ويجوز أن يخرَّج على هذا الاصل ، الخلاف في صحة الوقف على قبيلة، كالعلوية وغيرهم ممن لاينحصر فيهم . وفي صحته قولان ، كالوصية لهم. فان راعينا القربة ، صح ،وإلا ، فلا،لتعذر الاستيعاب،والاشبه بكلام الاكثرين ترجيح كونه تمليكاً ،وتصحيح الوقف على هؤلاء . ولهذا صحح صاحب « الشامل » الوقف على النازلين في الكنائس من مارة أهل الذمة وقال : هو وقف عليهم، لاعلى الكنيسة ، لكن الاحسن توسط لبعض المتأخرين، وهو تصحيح الوقف على الاغنياء ، وإبطاله على اليهود والنصارى وقطاع الطريق وسائر الفسَّاق ، لتضمنه الاعانة على المعصية .

فصل

في مسائل تتعلق بهذا الركن

إحداها : يجوز الوقف على سبيل الله ، وهم المستحقون سهم الزكاة .

الثانية : إذا وقف على سبيل البر ، أو الخير ، أو الثواب ، صح ، ويصرف إلى أقارب الواقف . فان لم يوجدوا ، فالى أهل الزكاة . وقال في « التهذيب » : الموقوف

على سبيل البِرّ أو الخير أو الثواب ، يجوز صرفه إلى مافيه صلاح المسلمين من أهل الزكاة ، وإصلاح القناطر ، وسدّ الثغور ، ودفن الموتى وغيرها ، وقال بعض أصحاب الامام : إن وقف على جهة الخير ، صرف [في] مصارف الزكاة ، ولا يبنى به مسجد ولا رباط . وإن وقف على جهة الثواب ، صرف إلى أقاربه . والذي قطع به الأكثرون ، ماقدمناه . قالوا : ولو جمع بين سبيل الله تعالى ،وسبيل الثواب، وسبيل الخير ، صرف الثلث إلى الغزاة ، والثلث إلى أقاربه ، والثلث إلى الفقراء والمساكين والغارمين وابن السبيل وفي الرقاب ، وهذا يخالف ماسبق .

الثالثة : يصح الوقف على أكفان الموتى ، ومؤنة الغسّالين والحفّارين ، وعلى شراء الأواني والظروف لمن تكسَّرت عليه .

الرابعة : يصح الوقف على المتفقّهة ـ وهم المشتغلون بتحصيل الفقه ـ مبتدئيهم ومنتهيهم ، وعلى الفقهاء ، ويدخل فيه من حصل منه شيئاً وإنْ قل .

الخامسة : الوقف على الصوفية ، حكي عن الشيخ أبي محمد أنه باطل ، إذ ليس للتصوف حدّ يعرف ، والصحيح المعروف صحته ، وهم المشتغلون بالعبادة في أغلب الأوقات ، المعرضون عن الدنيا . وفصَّله الغزالي في « الفتاوى » فقال : لا بد في الصوفي من العدالة وترك الحرفة ، ولا بأس بالوراقة والخياطة وشبههما إذا تعاطاها أحياناً في الرباط لا في الحانوت ، ولا تقدح قدرته على الكسب ، ولا اشتغاله بالوعظ والتدريس ، ولا أن يكون له من المال قدر لاتجب فيه الزكاة ، أو لايفي دخله بخرجه ، وتقدح الثروة الظاهرة والعروض الكثيرة ، ولا بد أن يكون في زيّ القوم ، إلا أن يكون مساكناً ، فتقوم المخالطة والمساكنة مقام الزيّ ، قال : ولا يشترط لبس المرقَّعة من شيخ ، وكذلك ذكر المتولي .

السادسة : وقف على الأرقّاء الموقوفين لسدانة الكعبة وخدمةِ قبر رسول الله ﷺ ، صح على الاصح .

السابعة : لو وقف على دار أو حانوت ، قال الحناطي : لايصح إلا أن يقول : وقفت على هذه الدار على أن يأكل فوائده طارقوها ، فيصح على الأصح .

الثامنة : وقف على المقبرة لتصرف الغلّة في عمارة القبور ، قال المتولي: لايصح، لأن الموتى صائرون إلى البلى ، فلا تليق بهم العمارة .

التاسعة : وقف ضيعة على المؤن التي تقع في قرية كذا من جهة السلطان ، ففي فتاوى القفال : أنه صحيح ، وصيغته أن يقول : تصدقت بهذه الضيعة صدقة محرمة على أن تستغل ، فما فضل عن عمارتها صرف إلى هذه المؤن .

العاشرة : في فتاوى القفال ، أنه لو قال : وقفت هذه البقرة على الرباط الفلاني ليشرب من لبنها مَن نزله ، أو ينفق من نسلها عليه ، صح ، فان اقتصر على قوله : وقفتها عليه ، لم يصح وإن كنا نعلم أنه يريده ، لان الاعتبار باللفظ .

وقد بقيت مسائل من هذا الفصل تأتي منثورة في آخر الباب إن شاء الله تعالى .

الركن الرابع :الصيغة ، فلا يصح الوقف إلا بلفظ ، لانه تمليك للعين والمنفعة، أو المنفعة ، فأشبه سائر التمليكات ، لأن العتق مع قوته وسرايته لايصح إلا بلفظ ، فهذا أولى . فلو بنى على هيئة المساجد أو على غير هيئتها ، وأذن في الصلاة فيه ، لم يصر مسجداً ، وكذا لو أذن في الدفن في ملكه ، لم يصر مقبرة سواء صلّي في ذاك ودُفن في ذا ، أم لا .

وألفاظ الوقف على مراتب .

إحداها : قوله : وقفت كذا ، أو حبّست ، أو سبّلت ، أو أرضي موقوفة ، أو محبّسة ، أو مسبّلة ، فكل لفظ من هذا صريح ، هذا هو الصحيح الذي قطع

به الجمهور . وفي وجه : كل هذا كناية ، وفي وجه : الوقف صريح ، والباقي كناية ، وفي وجه : التسبيل كناية والباقي صريح .

الثانية : قوله : حرّمت هذه البقعة للمساكين أو أبّدتها ، أو داري محرّمة أو مؤبّدة ، كناية على المذهب ، لانها لاتستعمل إلا مؤكّدة للأولى .

الثالثة : تصدقت بهذه البقعة ، ليس بصريح ، فان زاد معه شيئاً ، فالزيادة لفظ أو نية ، فأما اللفظ ، ففيه أوجه . أصحها : إن قرن به بعض الألفاظ السابقة ، بأن قال : صدقة محرّمة ، أو محبّسة ، أو موقوفة ، أو قرن به حكم الوقف فقال : صدقة لاتباع ولا توهب ، التحق بالصريح ، لانصرافه بهذا عن التمليك المحض . والثاني : لايكفي قوله : صدقة محرّمة أو مؤبّدة ، بل لابد من التقييد بأنها لاتباع ولا توهب ، ويشبه أن لايعتبر هذا القائل في قوله : صدقة موقوفة مثل هذا التقييد . والثالث : لايكون صريحاً بلفظٍ ما ، لأنه صريح في التمليك المحض .

وأما النية ، فان أضاف إلى جهة عامة بأن قال : تصدقت به على المساكين ونوى الوقف ، فوجهان . أحدهما : أن النية لاتلتحق باللفظ في الصرف عن صريح الصدقة إلى غيره . وأصحها : تلتحق فيصير وقفاً . وإن أضاف إلى معيَّن فقال : تصدقت عليك ، أو قاله لجماعة معينين ، لم يكن وقفاً على الصحيح ، بل ينفذ فيما هو صريح فيه وهو التمليك المحض ، كذا قاله الامام . ولك أن تقول : تجريد لفظ الصدقة عن القرائن اللفظية ، يمكن تصويره في الجهات العامة ، ولا يمكن في معينين إذا لم نجوز الوقف المنقطع ، فانه يحتاج إلى بيان المصارف بعد المعيَّنين ، وحينئذٍ فالمأتيّ به لايحتمله غير الوقف ، كما أن قوله : تصدقت به صدقة محرّمة أو موقوفة ، لايحتمل غير الوقف .

فرع

لو قال : جعلت هذا المكان مسجداً ، صار مسجداً على الأصح ، لاشعاره بالمقصود واشتهاره فيه . وقطع الاستاذ أبو طاهر والمتولي والبغوي ، بأنه لايصير مسجداً ، لأنه لم يوجد شيء من ألفاظ الوقف . قال الاستاذ : فان قال : جعلته مسجداً لله تعالى ، صار مسجداً . وحكى الامام خلافاً للأصحاب في استعمال لفظ الوقف فيما يضاهي التجريد ، كقوله : وقفت هذه البقعة على صلاة المصلّين وهو يريد جعلها مسجداً ، والأصح صحته .

فصل

إذا كان الوقف على جهة ، كالفقراء ، وعلى المسجد والرباط ، لم يشترط القبول . ولو قال : جعلت هذا للمسجد ، فهو تمليك لا وقف ، فيشترط قبول القيّم (١) وقبضه كما لو وهب شيئاً لصبي . وإن كان الوقف على شخص أو جماعة معينين ، فوجهان . أصحها عند الامام وآخرين : اشتراط القبول . فعلى هذا ، فليكن متصلاً بالايجاب كما في البيع والهبة . والثاني : لايشترط كالعتق ، وبه قطع البغوي والروياني . قال الروياني : لايحتاج لزوم الوقف إلى القبول ، لكن لايملك عليه إلا بالاختيار ، ويكفي الأخذ دليلاً على الاختيار . وخص المتولي الوجهين بقولنا : ينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليه ، وإلا ، فلا يشترط قطعاً .

قلت : صحح الرافعي في « المحرر » الاشتراط . والله أعلم

وسواء شرطنا القبول ، أم لا ، لو ردّه بطل حقه كالوصية والوكالة ، وشذ

---

(١) أي قيم المسجد .

البغوي فقال : لايبطل بالرد كالعتق . فعلى الصحيح : لو رد ثم رجع ، قال الروياني: إن رجع قبل حكم الحاكم برده إلى غيره ، كان له . وإن حكم به لغيره ، بطل حقه . هذا في البطن الأول ، أما البطن الثاني والثالث : فنقل الامام والغزالي ، أنه لايشترط قبوله قطعاً ، لأن استحقاقهم لايتصل بالايجاب ، ونقلا في ارتداده بردّهم وجهين ، لأن الوقف قد ثبت ولزم فيبعد انقطاعه ، وأجرى المتولي الخلاف في اشتراط قبولهم وارتداده بردّهم بناءً على أنهم يتلقّون الحق من الواقف ، أم من البطن الأول؟ إن قلنا بالأول ، فقبولهم وردّهم كقبول الأولين وردهم ، وإلا ، فلا يعتبر قبولهم وردهم كالميراث ، وهذا أحسن ، ولا يبعد أن لايتصل الاستحقاق بالايجاب مع اشتراط القبول ، كما في الوصية .

الطرف الثاني : في شروط الوقف ، وهي أربعة .

الأول : التأبيد ، بأن يقف على من لاينقرض ، كالفقراء والمساكين ، أو على من ينقرض ثم على من لاينقرض ، كقوله : وقفت على ولدي ثم على الفقراء ، أو على زيد ثم عقبه . ثم الفقراء والمساجد والربط والقناطر ، كالفقراء والمساكين ، فان عين مساجد أو قناطر ، فوجهان . وفي معنى الفقراء العلماء على الصحيح ، وفي فتاوى القفال خلافه ، لأنهم قد ينقطعون .

فصل

لو قال : وقفت هذا سنة ، فالصحيح الذي قطع به الجمهور ، أن الوقف باطل . وقيل : يصح وينتهي بانتهاء المدة . وقيل : الوقف الذي لايشترط فيه القبول ، لايفسد بالتوقيت كالعتق ، وبه قال الامام ومن تابعه . وفي مطلق الوقف قول آخر سنحكيه في الهبة إن شاء الله تعالى .

فصل

إذا وقف وقفاً منقطع الآخر ، بأن قال : وقفت على أولادي ، أو قال : وقفت على زيد ثم على عقبه ولم يزد ، ففي صحته ثلاثة أقوال . أظهرها عند الأكثرين : الصحة . منهم القضاة: أبو حامد، والطبري،والروياني ، وهو نصه في « المختصر » .والثاني :البطلان،وصححه المسعودي والامام. والثالث : إن كان الموقوف عقاراً ، فباطل . وإن كان حيواناً ، صح ،لأن مصيره إلى الهلاك، وربما هلك قبل الموقوف عليه . فان صححنا ، فاذا انقرض المذكور ، فقولان . أحدهما : يرتفع الوقف ويعود ملكاً الواقف ، أو إلى ورثته إن كان مات . وأظهرهما : يبقى وقفاً ، وفي مصرفه أوجه . أصحها وهو نصه في « المختصر »: يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف يوم انقراض المذكور . والثاني : إلى المساكين . والثالث : إلى المصالح العامة مصارف خمس الخمس . والرابع : إلى مستحقي الزكاة . فان قلنا : إلى أقرب الناس إلى الواقف ، فيعتبر قرب الرحم ،أم استحقاق الأرث ؟ وجهان . أصحها : الأول ،فيقدم ابن البنت على ابن العم،لأن المعتبر صلة الرحم. وإذا اجتمع جماعة ، فالقول في الأقرب كما سيأتي في الوصية للأقرب . وهل يختص بفقراء الأقارب ، أم يشاركهم أغنياؤهم . قولان . أظهرهما: الاختصاص.وهل هو على سبيل الوجوب ، أم الاستحباب ؟ وجهان . وإن قلنا : يصرف إلى المساكين ، ففي تقديم جيران الواقف وجهان . أصحها : المنع ، لأنا لو قدمنا بالجوار ، لقدمنا بالقرابة بطريق الأولى .

فرع

قال : وقفت هذا على زيد شهراً، على أن يعود إلى ملكي بعد الشهر ،فباطل على المشهور . وفي قول : يصح،فعلى هذا هل يعود ملكاً بعد الشهر، أم يكون كالمنقطع حتى يصرف بعد الشهر إلى أقرب الناس إلى الواقف؟ قولان حكاهما البغوي .

الشرط الثاني : التنجيز. فلو قال : وقفت على من سيولد لي ، أو على مسجد سيبنى ، ثم على الفقراء،أو [قال]: على ولدي ثم على الفقراء ولا ولد له ، فهذا وقف منقطع الأول،وفيه طريقان. أحدهما : القطع بالبطلان . والثاني : على القولين في منقطع الآخر . والمذهب هنا البطلان، وهو نصه في « المختصر »،فإن صححنا، نظر ،إن لم يمكن انتظار مَن ذكره،كقوله : وقفت على ولدي ولا ولد له ، أو على مجهول أو ميت ، ثم على الفقراء ، فهو في الحال مصروف إلى الفقراء ، وذكر الأول لغو . وإن أمكن،إما بانقراضه كالوقف على عبد،ثم على الفقراء ،وإما بحصوله، كولد سيولد [له] ،فوجهان . أحدهما :تصرف الغلة إلى الواقف حتى ينقرض الأول. وعلى هذا ، ففي ثبوت الوقف في الحال وجهان . والثاني وهو الأصح : تنقطع الغلة عن الواقف . وعلى هذا أوجه . أصحها : تصرف في الحال إلى أقرب الناس إلى الواقف ، فاذا انقرض المذكور أولاً،صرف إلى المذكور بعده .وعلى هذا،فالقول في اشتراط الفقر وسائر التفاريع على ما سبق . والثاني : يصرف إلى المذكورين بعده في الحال . والثالث : أنه للمصالح العامة .

فرع

وقف على وارثه في مرض الموت ، ثم على الفقراء ، وقلنا : الوقف على الوارث

باطل ، أو صحيح ، فرده باقي الورثة ، فهو منقطع الأول . وكذا لو وقف على معين يصح الوقف عليه ، ثم على الفقراء ، فردَّه المعيَّن ، وقلنا بالصحيح : إنه يرتد بالرد ، فمنقطع الأول .

فرع

إذا علق الوقف فقال : إذا جاء رأس الشهر ، أو قدم فلان ، فقد وقفته ، لم يصح على المذهب . وقيل : على الخلاف في منقطع الأول ، وأولى بالفساد .

فرع

وراء منقطع الأول فقط أو الآخر فقط صور .

إحداها : أن يكون متصل الأول والآخر والوسط ، فصحيح .

الثانية : أن يكون منقطعها جميعاً ، فباطل قطعاً .

الثالثة : متصل الطرفين منقطع الوسط ، بأن وقف على أولاده ، ثم رجل مجهول ، ثم الفقراء ، فان صححنا منقطع الآخر ، فهذا أولى ، وإلا ، فوجهان . أصحهما : الصحة ، ويصرف عند توسط الانقطاع إلى أقرب الناس إلى الواقف ، أو إلى المساكين ، أو المصالح ، أو الجهة العامة المذكورة آخراً ؟ فيه الخلاف السابق.

الرابعة : أن ينقطع الطرفان دون الوسط ، بأن وقف على رجل مجهول ، ثم على أولاده فقط ، فان أبطلنا منقطع الأول ، فهذا أولى ، وإلا ، فالأصح بطلانه أيضاً. فان صححنا ، ففيمن يصرف إليه الخلاف السابق .

الشرط الثالث : الالزام . فلو وقف بشرط الخيار ، أو قال : وقفت بشرط

أني أبيعه ، أو أرجع فيه متى شئت ، فباطل ، واحتجوا له بأنه إزالة ملك إلى الله سبحانه وتعالى ، كالعتق ، أو إلى الموقوف عليه ، كالبيع والهبة ، وعلى التقديرين؛ فهذا شرط مفسد . لكن في فتاوى القفال أن العتق لايفسد بهذا الشرط ، وفرق بينهما بأن العتق مبني على الغلبة والسراية . وعن ابن سريج ، أنه يحتمل أن يبطل الشرط ، ويصح الوقف . ولو وقف على ولده أو غيره بشرط أن يرجع إليه إذا مات ، فهو باطل على المذهب . وعن البويطي ، أنه على قولين أخذاً من مسألة العمرى . ولو وقف وشرط لنفسه أن يحرم من شاء ، أو يقدّم أو يؤخّر ، فالشرط فاسد على الاصح . هذا إذا أنشأ الوقف بهذا الشرط ، فلو أطلقه ثم أراد أن يغيّر ما ذكره بحرمان أو زيادة ، أو تقديم أو تأخير ، فليس له قطعاً . فان صححنا شرطه لنفسه ، فشرطه لغيره ، ففاسد على الاصح . وإن أفسدناه ، ففي فساد الوقف خلاف مبني على أن الوقف كالعتق ، أم لا ؟

هذا مجموع ما حضرني من كتب الاصحاب . والذي قطع به جمهورهم ، بطلان الشرط والوقف في هذه الصور كلها،وشذ الغزالي فجعل هذه الصور ثلاث مراتب .

الأولى : وقفت بشرط أن أرجع متى شئت ، أو أحرم المستحق وأحوّل الحق إلى غيره متى شئت ، ففاسد .

الثانية : بشرط أن أغيّر قدر المستحق للمصلحة ، فهو جائز .

الثالثة : يقول : أغيّر تفصيله ، فوجهان ، وهذا الترتيب لايكاد يوجد لغيره، ثم فيه لبس ، فان التحويل المذكور في الاولى هو التغير المذكور في الثانية ، والمذهب ما ذكره الجمهور .

فصل

لو شرط الواقف أن لايؤجر الوقف ، فأوجه . أصحها : يتبع شرطه كسائر

الشروط . والثاني : لا ، لتضمنه الحجر على مستحقي المنفعة . والثالث : إن منع الزيادة على سنة ، اتبع ، لأنه من مصالحه،وإن منع مطلقاً ، فلا . فان أفسدنا الشرط ،فالقياس فساد الوقف به . وقال الشيخ أبو عاصم : إذا شرط أن لايؤجر أكثر من سنة، لم يخالف . وقيل : إن كان الصلاح في الزيادة ، زيد ، وهذا تصحيح للوقف مع فساد الشرط .

قلت : ليس هذا فساداً للشرط مطلقاً ، بخلاف مسألتنا . والله أعلم

فصل

إذا جعل داره مسجداً ، أو أرضه مقبرة ، أو بنى مدرسة ، أو رباطاً،فلكل أحد أن يصلي ويعتكف في المسجد ، ويدفن في المقبرة ، ويسكن المدرسة بشرط الاهلية ، وينزل الرباط ، وسواء فيه الواقف وغيره . ولو شرط في الوقف اختصاص المسجد بأصحاب الحديث ، أو الرأي ، أو طائفة معلومين ، فوجهان . أحدهما : لايتبع شرطه . فعلى هذا قال المتولي : يفسد الوقف لفساد الشرط . والثاني : يتبع ويختص بهم رعاية للشرط وقطعاً للنزاع في إقامة الشعائر ، ويشبه أن تكون الفتوى بهذا وإن كان الغزالي اقتصر على الاول في « الوجيز » .

قلت : الاصح اتباع شرطه ، وصححه الرافعي في « المحرر » . والمراد بأصحاب الحديث : الفقهاء الشافعية ، وبأصحاب الرأي : الفقهاء الحنفية ، هذا عرف أهل خراسان. والله أعلم

ثم الوجهان ، فيما إذا قال : على أصحاب الحديث ، فاذا انقرضوا فعلى عامة المسلمين، أما إذا لم يتعرض للانقراض ، ففيه خلاف .

قلت : يعني اختلفوا في صحة الوقف لاحتمال انقراض هذه الطائفة ، والاصح أو الصحيح الصحة . والله أعلم

ولو شرط في المدرسة والرباط الاختصاص ، اختص قطعاً . ولو شرط في المقبرة الاختصاص بالغرباء ، أو بجماعة معينين ، فالوجه أن يرتب على المسجد . فان قلنا : يختص ، فالمقبرة أولى ، وإلا ، فوجهان ، لترددها بين المسجد والمدرسة ، وإلحاقها بالمدرسة أصح ، فان المقابر للأموات كالمساكن للأحياء ، وهذا كله إذا شرط في حال الوقف . أما إذا وقف مطلقاً ، ثم خصص المدرسة أو المسجد أو غيرهما ، فلا اعتبار به قطعاً .

الشرط الرابع : بيان المصرف ، فلو قال : وقفت هذا واقتصر عليه ، فقولان. وقيل : وجهان .أظهرهما عند الاكثرين : بطلان الوقف، كقوله: بعت داري بعشرة، أو وهبتها ، ولم يقل لمن ، ولأنه لو قال : وقفت على جماعة ، لم يصح ، لجهالة المصرف . فاذا لم يذكر المصرف ، فأولى أن لا يصح . والثاني : يصح ،وإليه ميل الشيخ أبي حامد ، واختاره صاحب « المهذب » والروياني ، كما لو نذر هدياً أو صدقة ولم يبين المصرف، وكما لو قال : أوصيت بثلثي ، فانه يصح ويصرف إلى المساكين . وهذا إن كان متفقاً عليه ، فالفرق مشكل .

قلت : الفرق ، أن غالب الوصايا للمساكين ، فحمل المطلق عليه ، بخلاف الوقف، ولأن الوصية مبنية على المساهلة ، فتصح بالمجهول والنجس وغير ذلك ، بخلاف الوقف. والله أعلم

فان صححنا ، ففي مصرفه الخلاف في منقطع الآخر إذا صححناه . وعن ابن

سريج ، يصرفه الناظر فيما يراه من البرّ كعمارة المساجد ، والقناطر ، وسد الثغور ، وتجهيز الموتى وغيرها .

فصل
في مسائل تتعلق بالباب

الاولى : وقف على رجلين ، ثم على المساكين ، فمات أحدهما ، ففي نصيبه وجهان . أصحها وهو نصه في حرملة : يصرف إلى صاحبه . والثاني : إلى المساكين ، والقياس : أن لايصرف إلى صاحبه ولا إلى المساكين ، بل صار الوقف في نصيب الميت منقطع الوسط .

قلت : معناه : يكون صرفه مصرف منقطع الوسط ، لأنه يجيء خلاف في صحة الوقف . والله أعلم

الثانية : وقف على شخصين ولم يذكر من يصرف إليه بعدها ، وصححنا الوقف ، فمات أحدهما ، فنصيبه للآخر ، أم حكمه حكم نصيبهما إذا ماتا ؟ فيه وجهان .

الثالثة : وقف على بطون ، فردّ البطن الثاني وقلنا : يرتد بردّهم ، فهذا وقف منقطع الوسط ، وسبق بيانه ، وفيه قول أو وجه : أنه يصرف إلى البطن الثالث .

الرابعة : يصح الوقف على أقارب رسول الله ﷺ إذا جوزنا الوقف على قوم غير محصورين ، ولا يكون كصرف الزكاة إليهم .

الخامسة : [قال] : وقفت داري على المساكين بعد موتي ، قال الشيخ أبو محمد : أفتى الاستاذ أبو إسحاق بصحة الوقف بعد الموت ، ووافقه أئمة عصره ، وهذا كأنه وصية . يدل عليه أن [في] فتاوى القفال ، أنه لو عرض الدار على البيع ، صار راجعاً فيه .

السادسة : قال : جعلت داري هذه خانقاه للغزاة ، لم تصر وقفاً بذلك. ولو قال : تصدقت بها صدقة محرَّمة ، ليصرف من غلتها كل شهر إلى فلان كذا ، ولم يزد عليه ، ففي صحة هذا الوقف وجهان . فان صح ، ففي الفاضل عن المقدار أوجه . أحدها : الصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف . والثاني : إلى المساكين والثالث : يكون ملكاً للواقف .

السابعة : قال : جعلت داري هذه للمسجد ، أو سلَّم داراً إلى قيِّم المسجد وقال: خذها للمسجد ، أو قال : إذا مت فأعطوا من مالي ألف درهم للمسجد ، أو فداري للمسجد ، لايكون شيئاً ، لأنه لم توجد صيغة وقف ولا تمليك ، ولك أن تقول : إن لم يكن صريحاً في التمليك ، فلا شك أنه كناية .

الثامنة : قال : وقفت داري على زيد وعلى الفقراء ، بني على ما إذا أوصى لزيد وللفقراء ، فان جعلناه كأحدهم ، صح الوقف ولا يحرم زيد . وإن قلنا : له النصف ، صح الوقف في نصيب الفقراء . وأما النصف الثاني ،فمنقطع الآخر،فان لم يصح، جاء تفريق الصفقة. وهذه المسألة مع المسألتين قبلها منقولة في فتاوى القفال .

التاسعة : في فتاوى القفال : أنه لو قال : وقفتها على المسجد الفلاني ،لم يصح حتى يبين جهته فيقول : وقفت على عمارته ، أو وقفت عليه ليستغل فيصرف إلى عمارته أو إلى دهن السراج ونحوها ، ومقتضى إطلاق الجمهور صحته .

قلت : وقد صرح البغوي وغيره بصحته . والله أعلم

العاشرة : في فتاوى القفال : أنه لو وقف على رباط أو مسجد معين ، ولم يذكر المصرف إن خرب ، فهو منقطع الآخر . وفصَّل صاحب « التتمة » فقال : إن كان في موضع يستبعد في العادة خرابه ،بأن كان في وسط البلدة ، فهو صحيح، وإن كان في قرية أو حارة ، فهو منقطع الآخر .

قلت : ومما يتعلق بهذا الباب [1] .

---

(١) كذا الاصل ، وفي نسخة الظاهرية ما نصه : « بعده بياض ».

الباب الثاني
في أحكام الوقف الصحيح

إذا صح الوقف ، ترتَّب عليه أحكام .

منها : ماينشأ من اللفظ المستعمل في الوقف ويختلف باختلاف الألفاظ .

ومنها : مايقتضيه المعنى ، فلا يختلف باختلاف اللفظ ، ويجمع الباب طرفان .

[الطرف] الاول : في الأحكام اللفظية ،والأصل فيه،أن شروط الواقف مرعية ما لم يكن فيها ما ينافي الوقف ، وفيه مسائل .

[المسألة] الاولى : قال : وقفت على أولادي ، وأولاد أولادي ،فلا ترتيب ، بل يسوى بين الجميع . ولو زاد فقال : ما تناسلوا ، أو بطناً بعد بطن ، فكذلك، ويحمل على التعميم على الصحيح . وقال الزيادي : قوله :بطناً بعد بطن ، يقتضي الترتيب . ولو قال: على أولادي ثم على أولاد أولادي،ثم على أولاد أولاد أولادي ما تناسلوا أو بطناً بعد بطن ، فهو للترتيب،ولا يصرف إلى البطن الثاني شيء ما بقي من الأول واحد، ولا إلى الثالث مابقي من الثاني أحد ، كذا أطلقه الجمهور . والقياس فيما إذا مات واحد من البطن الأول ، أن يجيء في نصيبه الخلاف السابق فيما لو وقف على شخصين أو جماعة ثم على المساكين فمات واحد ، فالى من يصرف نصيبه ؟ ولم أر تعرضاً إليه إلا لأبي الفرج السرخسي ، فانه سوى بين الصورتين ، وحكى فيهما وجهين . أحدهما : أن نصيب الميت لصاحبه . والثاني : أنه لأقرب الناس إلى الواقف، وكذا ذكر صاحب « الايضاح » (١) أن يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف .

---

(١) في نسخة الظاهرية : « الافصاح » .

قلت : الصحيح : ما أطلقه الجمهور، لأن من بقي بعد موت بعض الأولاد يسمون أولاداً، بخلاف ما إذا مات أحد الشخصين . ثم إن مراعاة الترتيب لاتنتهي عند البطن الثالث والرابع ، بل يعتبر الترتيب في جميع البطون ، فلا يصرف إلى بطن وهناك أحد من بطن أقرب، صرح به البغوي وغيره . والله أعلم

ولو قال : على أولادي وأولاد أولادي الأعلى فالأعلى ، أو الاقرب فالأقرب ، أو الأول فالأول ، أو يُبدَأ بالأعلى منهم ، أو على أن لا حقَّ لبطن وهناك أحد فوقهم، فمقتضاه الترتيب أيضاً . ولو قال : فمن مات من أولادي فنصيبه لولده ، اتُّبع شرطه .

فرع

قال: على أولادي ، ثم على أولاد أولادي ، وأولاد أولاد أولادي ، فمقتضاه الترتيب بين البطن الأول ومن دونهم ، والجمع بين مَنْ دونهم . ولو قال : على أولادي وأولاد أولادي ، ثم على أولاد أولاد أولادي ، فمقتضاه الجمع أولاً ، والترتيب ثانياً .

فرع

قال : على أولادي وأولاد أولادي ومن مات منهم فنصيبه لأولاده ، فمات واحد ، فنصيبه لأولاده خاصة ، ويشاركون الباقين فيما عدا نصيب أبيهم .

المسألة الثانية: إذا وقف على الأولاد ، ففي دخول أولاد الأولاد ثلاثة أوجه، أصحها : لا يدخلون . والثاني : يدخلون . والثالث : يدخل أولاد البنين دون

أولاد البنات ، وهـذا الخلاف عند الاطلاق ، وقد يقرن باللفظ مايقتضي الجزم بخروجهم، كقوله : وقفت على أولادي ، فاذا انقرضوا فلأحفادي الثلث ، والبـاقي للفقراء . ولو وقف على الأولاد ،ولم يكن له إلا أولاد الأولاد ، حمل اللفظ عليهم، قاله المتولي وغيره . ولو وقف على أولاده وأولاد أولاده، ففي دخول أولاد أولاد أولاده الخلاف .

الثالثة : الوقف على الأولاد ،يدخل فيه البنون والبنات والخنثى المشكل .

الرابعة : الوقف على البنين ،لايدخل فيه الخنثى، وفي دخول بني البنين والبنات الأوجه الثلاثة .

الخامسة : الوقف على البنات،لايدخل فيه الخنثى ، وفي بنات الأولاد الأوجه.

السادسة : وقف على البنين والبنات ، دخل الخنثى على الأصح . وقيل : لا ، لأنه لايعدّ من هؤلاء ، ولا من هؤلاء .

السابعة : وقف على بني تميم ، وصححنا مثل هذا الوقف ، ففي دخول نسائهم وجهان . أحدهما : المنع ،كالوقف على بني زيد . وأصحهما : الدخول،لأنه يعبَّر به عن القبيلة .

الثامنة : وقف على أولاده وأولاد أولاده ، دخل فيه أولاد البنين والبنـات. فان قال : على من ينتسب إليَّ من أولاد أولادي ،لم يدخل أولاد البنات على الصحيح.

فرع

المستحقون في هذه الألفـاظ ، لو كان أحدهم حملا عند الوقف ، هل يدخل حتى يوقف له شيء ؟ فيه وجهان حكاهما المتولي . أحدهما : نعم كالميراث،ويستحق

الغلة في مدة الحمل. والصحيح: لا، لأنه قبل الانفصال لا يسمى ولداً. وأما غلة ما بعد الانفصال، فيستحقها قطعاً. وكذا الأولاد الحادث علوقهم بعد الوقف، يستحقون إذا انفصلوا. هذا هو الصحيح المقطوع به في الكتب. وفي «أمالي» السرخسي خلافه.

قلت: ومما يتفرع على الصحيح أنه لا يستحق غلة مدة الحمل: أنه لو كان الموقوف نخلة، فخرجت ثمرتها قبل خروج الحمل، لا يكون له من تلك الثمرة شيء، كذا قطع به الفوراني والبغوي، وأطلقاه. وقال الدارمي في «الاستذكار»: في الثمرة التي أطلعت ولم تؤبَّر، قولان؛ هل لها حكم المؤبرة فتكون للبطن الأول، أو لا فتكون للثاني؟ وهذان القولان يجريان هنا. [والله أعلم]

فرع

المنفي باللعان، لا يستحق شيئاً، لانقطاع نسبه، وخروجه عن كونه ولداً. وعن أبي إسحاق: أنه يستحق، وأثر اللعان مقصور على الملاعن.

قلت: فلو استلحقه بعد نفيه، دخل في الوقف قطعاً، ذكره البغوي.

والله أعلم

التاسعة: قال: وقفت على ذريتي أو عقبي أو نسلي، دخل فيه أولاد البنين والبنات، قريبهم وبعيدهم. ولو حدث حمل، قال المتولي: يوقف نصيبه قطعاً، لأنه من نسله وعقبه قطعاً. ولو وقف على عترته، قال ابن الاعرابي وثعلب: هم ذريته. وقال القتيبي: هم عشيرته، وهما وجهان للأصحاب. أصحهما: الثاني، وقد روي ذلك عن زيد بن أرقم.

قلت : هذان المذهبان ، مشهوران لأهل اللغة، غير مختصين بالمذكورين ، لكن [أكثر] مَن جعلهم عشيرته ، خصهم بالأقربين .قال الازهري:قال بعض أهل اللغة: عترته: عشيرته الادنَون . وقال الجوهري : عترته: نسله ورهطه الادنَون. وقال الزبيري : عترته: أقرباؤه من ولد وغيره، ومقتضى هذه الاقوال أنه يدخل ذريته عشيرته الادنون ، وهذا هو الظاهر المختار . والله أعلم

العاشرة : قال : على عشيرتي ، فهو كقوله : على قرابتي. وإذا قال : على قرابتي أو أقرب الناس إليّ ، فعلى ماسنذكره في الوصية إن شاء الله تعالى.

وقال المتولي : قوله : على قبيلتي أو عشيرتي ، لايدخل فيه إلا قرابة الأب . ثم إذا كانوا غير محصورين ، ففيهم الخلاف السابق . ثم من حدث بعد الوقف يشاركون الموجودين عند الوقف على الصحيح ، وعن البويطي منعه .

الحادية عشرة : اسم المولى يقع على المعتق ويقال له : المولى الأعلى ،وعلى العتيق ويقـال له : المولى الأسفل ، فاذا وقف على مواليه. وليس له إلا أحدهما ، فالوقف عليه . وإن وُجدا جميعاً ، فهل يقسم بينهما ، أم يختص به الأعلى ، أم الأسفل ، أم يبطل الوقف ؟ فيه أربعة أوجه . أصحها في «التنبيه» الأول . وفي «الوجيز» الرابع. **قلت** : الأصح ، الأول ،وقد صححه أيضاً الجرجاني في « التحرير » وحكى الدارمي وجهاً خامساً ، أنه موقوف حتى يصطلحوا ، وليس بشيء . والله أعلم

فصل

يرعى شرط الواقف في الأقدار ، وصفات المستحقين ، وزمن الاستحقاق. فاذا وقف على أولاده وشرط التسوية بين الذكر والأنثى ، أو تفضيل أحدهما ، اتّبع

شرطه . وكذا الوقف على العلماء بشرط كونهم على مذهب فلان ، أو على الفقراء بشرط الغربة أو الشيخوخة ، اتُّبع . ولو قال : على بَنِيَّ الفقراء ، أو على بناتي الأرامل، فمن استغنى منهم ، وتزوج منهن ، خرج عن الاستحقاق . فان عاد فقيراً ، أو زال نكاحها ، عاد الاستحقاق .

قلت : ولم أر لأصحابنا تعرضاً لاستحقاقها في حال العدَّة ، وينبغي أن يقال: إن كان الطلاق بائناً ، أو فارقت بفسخ أو وفاة ، استحقت ، لأنها ليست بزوجة في زمن المدة . وإن كان رجعياً ، فلا ، لأنها زوجة . والله أعلم

قال العبادي في « الزيادات » : لو وقف على أمهات أولاده إلا على من تزوج منهن ، فتزوجت ، خرجت ، ولا تعود بالطلاق ، والفرق من حيث اللفظ ، أنه أثبت الاستحقاق لبناته الأرامل وبالطلاق صارت أرملة ، وهنا جعلها مستحقة إلا أن تتزوج، وبالطلاق لاتخرج عن كونها تزوجت . ومن حيث المعنى أن غرضه أن تفي له أم ولده فلا يخلفه عليها أحد ، فمن تزوجت لم تف ولو طلقت .

فرع

لو شرط صرف غلة السنة الأولى إلى قوم ، وغلة السنة الثانية إلى آخرين ، وهكذا ما بقوا ، اتُّبع شرطه .

فرع

قال : وقفت على أولادي ، فاذا انقرض أولادي وأولاد أولادي ، فعلى الفقراء ،

فهذا وقف منقطع الوسط على الصحيح ، وحكمه ماسبق ، لأنه لم يجعل لأولاد الأولاد شيئاً ، وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق الفقراء . وقيل : يستحقون بعد انقراض أولاد الصلب .

فرع

وقف على بنيه الأربعة ، على أن من مات منهم وله عقب ، فنصيبه لعقبه ،ومن مات ولا عقب له ، فنصيبه لسائر أصحاب الوقف ، ثم مات أحدهم عن ابن ،وآخر عن ابنين ، وثالث ولا عقب له ، فنصيب الثالث بين الرابع وابن الأول وابني الثاني بالسوية . ولو قال : وقفت على بَنِيَّ الخمسة ومن سيولد لي على ما أفصّله ، ثم فصَّل فقال : ضيعة كذا لابني فلان ، وحصة كذا لفلان ، إلى أن ذكر الخمسة ،ثم قال : وأما من سيولد لي ، فنصيبه أن [من] مات من الخمسة ولا عقب له يصرف حقه إليه ، فمات واحد من الخمسة ولا عقب له ، وولد للواقف ولد ، يصرف إلى المولود نصيب الميت ، وليس له شيء آخر بقوله أولاً : وقفت على بَنِيَّ ومن سيولد [لي] ،لأن التفصيل المذكور آخراً بيان لما أجمله أولاً ، وقد جرت عادة الشروطيين بمثله .

فرع

قال : وقفت على سكان موضع كذا ، فغاب بعضهم سنة ولم يبع داره ، ولا استبدل داراً ،لا يبطل حقه ،ذكره العبادي .

فرع

وقف على زيد بشرط أن يسكن موضع كذا ، ثم بعده على الفقراء والمساكين، فهذا [وقف] منقطع ، لأن الفقراء إنما يستحقون بعد انقراضه ، واستحقاقه مشروط بشرط قد يتخلّف .

فصل

الصفة والاستثناء عقيب الجمل المعطوف بعضها على بعض يرجعان إلى الجميع .

مثال الصفة : وقفت على أولادي وأحفادي وإخوتي المحتاجين منهم .

ومثال الاستثناء : وقفت على أولادي وأحفادي وإخوتي ، إلا أن يفسق واحد منهم ، هكذا أطلقه الاصحاب . ورأى الامام تقييده بقيدين . أحدهما : أن يكون العطف بالواو ، فان كان بـ «ثم» اختصت الصفة والاستثناء بالجملة الاخيرة. والثاني : أن لا يتخلل بين الجملتين كلام طويل . فان تخلل، كقوله : على أن من مات منهم وله عقب ، فنصيبه بين أولاده للذكر مثل حظ الانثيين ، وإن لم يعقب ، فنصيبه للذين في درجته ، فاذا انقرضوا ، فهو مصروف إلى إخوتي إلا أن يفسق أحدهم، فالاستثناء يختص بالاخوة. والصفة المتقدمة على جميع الجمل، كقوله : وقفت على فقراء أولادي وأولاد أولادي وإخوتي، كالمتأخرة عن جميعها ، حتى يعتبر الفقر في الكل.

فرع

البطن الثاني هل يتلقّون الوقف من الواقف، أم من البطن الاول؟ فيه وجهان. أصحهما : من الواقف .

الطرف الثاني : في الاحكام المنوية ، فمنها اللزوم في الحال ،سواء أضافه إلى مابعد الموت ،أم لم يضفه ، وسواء سلمه، أم لم يسلمه ، قضى به قاضٍ ،أم لا .

قلت : وسواء في هذا كان الوقف على جهة،أو شخص،وسواء قلنا:الملك في رقبة الوقف لله تعالى ،أم للموقوف عليه ، أم باقٍ للواقف ، ولا خلاف في هذا بين أصحابنا إلا ما شذّ به الجرجاني في« التحرير »فقال : إذا كان على شخص وقلنا: الملك للموقوف عليه ، افتقر إلى قبضه كالهبة،وهذا غلط ظاهر وشذوذ مردود ، نبهت عليه لئلا يُغترّ به. والله أعلم

وإذا لزم ، امتنعت التصرفات القادحة في غرض الوقف وفي شرطه . وسواء في امتناعها الواقف وغيره.وأما رقبة الوقف، فالمذهب وهو نصه في « المختصر »هنا: أن الملك فيها انتقل إلى الله تعالى . وفي قول : إلى الموقوف عليه .وخرج قول: أنه باقٍ على ملك الواقف . وقيل : بالأول قطعاً . وقيل : بالثاني قطعاً . وقيل: إن كان الوقف على معين ، ملكه قطعاً. وإن كان على جهة ، انتقل إلى الله تعالى قطعاً ،واختاره الغزالي ، ولا فرق عند جمهور الأصحاب. هذا كله إذا وقف على شخص أو جهة عامة .فأما إذا جعل البقعة مسجداً أو مقبرة ، فهو فك عن الملك كتحرير الرقيق ، فينقطع عنها اختصاصات الآدميين قطعاً .

فصل

فوائد الوقف ومنافعه ،للموقوف عليه، يتصرف فيها تصرف الملاك في الاملاك . فان كان شجرة ، ملك الموقوف عليه ثمارها، ولا يملك أغصانها إلا فيما يعتاد قطعه كشجر الخلاف ، فأغصانها كثمر غيرها ، وإن كان الموقوف بهيمة، ملك صوفها

ووبرها ولبنها قطعاً ، ويملك نتاجها أيضاً على الاصح كالثمرة . والثاني : تكون وقفاً تبعاً لامّه كولد الاضحية . وقيل : الوجهان في ولد الفرس والحمار ، فأما ولد النَّعم ، فيملكه قطعاً، لان المطلوب منهما الدّر والنسل . وقيل : لاحق فيه للموقوف عليه، بل يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف، إلا أن يصرح بخلافه ، وهذا الخلاف في نتاج حدث بعد الوقف . فان وقف البهيمة وهي حامل ، فان قلنا: الحادث وقف، فهذا أولى ، وإلا ، فوجهان بناءً على أن الحمل هل له حكم ،أم لا ؟ وهذا المذكور في الدّر والنسل هو فيما إذا أطلق أو شرطهما للموقوف عليه . فلو وقف دابة على ركوب إنسان ، ولم يشرط له الدّر والنسل ، قيل : حكمها حكم وقف منقطع الآخر . وقال البغوي : ينبغي أن يكون للواقف ، وهذا أوجه ، لأن الدّر والنسل لامصرف لهما أولاً ولا آخراً .

فرع

قالوا : لو وقف ثور للانزاء ، جاز ، ولا يجوز استعماله في الحراثة .

فرع

لايجوز ذبح البهيمة المأكولة الموقوفة ، وإن خرجت عن الانتفاع ، كما لايجوز إعتاق العبد الموقوف ، لكن لو صارت بحيث يقطع بموتها ، قال المتولي : تذبح للضرورة. وفي لحمها ، طريقان . أحدهما : يشترى بثمنه بهيمة من جنسها وتوقف . والثاني : إن قلنا : الملك فيها ينتقل إلى الله تعالى ، فعل فيه الحاكم ما رآه مصلحة . وإن قلنا: للموقوف عليه أو للواقف ، صرف اليها .

فرع

إذا ماتت البهيمة الموقوفة ، فالموقوف عليه أحق بجلدها . وإذا دبغه ، ففي عوده وقفاً وجهان . قال المتولي . أصحها : العَود .

فصل

المنافع المستحقة للموقوف عليه ، يجوز أن يستوفيها بنفسه ، ويجوز أن يقيم غيره مقامه بإعارة أو إجارة ، والأجرة ملك له . هذا إن كان الوقف مطلقاً ، فان قال : وقفت داري ليسكنها من يعلِّم الصبيان في هذه القرية ، فللمعلم أن يسكنها ، وليس له أن يسكنها غيره بأجرة ولا بغيرها . ولو قال : وقفت داري على أن تستغل وتصرف غلّتها إلى فلان ، تعين الاستغلال ، ولم يجز له أن يسكنها ، كذا ذكرت الصورتان في فتاوى القفال وغيره . ولو كان الوقف مطلقاً ، فقال الموقوف عليه : اسكن الدار ، فقال الناظر : أكريها لأصرف غلتها في مرمتها ، فله أن يكري .

فرع

متى وجب المهر ، فوطيء الموقوفة ، فهو للموقوف عليه كاللبن والثمرة .

فرع

لايجوز وطء الموقوفة لا الواقف ولا للموقوف عليه ، وإن قلنا : الملك فيها لهما ، لأنه ملك ضعيف . ولو وطئت فلها أحوال .

أحدها : أن يطأهـا أجنبي . فان لم يكن هناك شبهة ، لزمه الحدّ ، والولد رقيق ثم هل هو ملك طَلْق ، أم وقف ؟ وجهان كنتاج البهيمة ، ويجب المهر إن كانت مكرَهة . وإن كانت مطاوعة عالمة بالحال ،ففيه خلاف سبق في الغصب. وإن كان هناك شبهة ، فلا حد،ويجب المهر والولد حر وعليـه قيمته ، ويكون ملـكاً للموقوف عليه إن جعلنا الولد ملكاً ، وإلا ، فيشترى بهـا عبد ويوقف .

الحال الثاني : أن يطأها الموقوف عليه . فان لم يكن شبهة ، فقيل : لاحدّ لشبهة الملك،وبه قطع ابن الصباغ . والأصح: أنه يبنى على أقوال الملك ،فان جعلناه له ، فلا حد ، وإلا ، فعليه الحد . ولا أثر لملك المنفعة ، كما لو وطىء الموصى له بالمنفعـة الجارية ، وهل الولد ملك أو وقف ؟ فيه الوجهان . وإن وطء بشبهة ، فلا حد ،والولد حر ،ولا قيمة عليه إن ملكناه ولد الموقوفة ، وإن جعلنـاه وقفاً اشتري بها عبد آخر ويوقف ، وتصير الجارية أم ولد له إن قلنا : الملك للموقوف عليه ، فتعتق بموته وتؤدى قيمتها من تركته . ثم هل هي لمن ينتقل الوقف إليه بعده مُلك ، أم يشترى بهـا جارية وتوقف ؟ فيه خلاف نذكـره في قيمة العبد الموقوف إذا قُتل ،ولا مهر على الموقوف عليه بحال ، لأنه لو وجب لوجب له .

الحال الثالث : أن يطأها الواقف . فان لم يكن الوطء بشبهة تفرع عـلى الخلاف في الملك . فان لم نجعل الملك له ، فعليه الحد ،والولد رقيق . وفي كونه ملكاً أو وقفاً ، الوجهان. ولا تكون الجارية أم ولد له . وإن جعلنا الملك له ، فلا حدّ . وفي نفوذ الاستيلاد إن أولدها الخلاف في استيلاد الراهن،لتعلق حق الموقوف عليه بهـا ، وهذا أولى بالمنـع . وإن وطء بشبهة ، فلا حدّ،والولد حر نسيب وعليه قيمته ، وفيما يفعل بها الوجهان .وتصير أم ولد له ،إن ملّكناه ،تعتق بموته وتؤخذ قيمتها من تركته ، وفيما يفعل بها الخلاف .

فرع

في تزويج الموقوفة ، وجهان . أحدهما : المنع لما فيه من النقص ، وربما ماتت من الطلق ، فيفوت حق البطن الثاني . وأصحها : الجواز ، تحصيناً لها وقياساً على الاجارة . فعلى هذا ، إن قلنا : الملك للموقوف عليه ، فهو الذي تزوجها ولا يحتاج إلى إذن أحد . وإن قلنا : لله سبحانه وتعالى ، زوجها السلطان ويستأذن الموقوف عليه ، وكذا إن قلنا : الملك الواقف ، زوجها باذن الموقوف عليه ، هـذا كلام الجمهور . وحكى الغزالي وجهين ، في أن السلطان هل يستأذن الموقوف عليه ،وفي أنه هل يستأذن الواقف أيضاً ؟ ويلزم مثله في استئذان الواقف إذا زوج الموقوف عليه ، والمهر للموقوف عليه بكل حال . وولدها من الزوج للموقوف عليه ملكاً أو وقفاً ؟ على الخلاف السابق .

قلت : ولو طلبت الموقوفة التزويج ، فلهم الامتناع . **والله أعلم**

فرع

ليس للموقوف عليه أن يتزوج الموقوفة إن قلنا : إنها ملكه ، وإلا ، فوجهان. أصحها : المنع احتياطاً ، وعلى هذا لو وقفت عليه زوجته انفسخ النكاح .

فصل

حق تولية أمر الوقف في الاصل للواقف ، فان شرطها لنفسه أو لغيره ، اتبع شرطه ،وأشار في «النهاية» إلى خلاف فيما إذا كان الوقف على معين،وشرط

التولية لاجنبي،هل يُتّبع شرطه إذا فرعنا على أن الملك في الوقف للموقوف عليه ؟والمذهب: الاول ، وبه قطع الجمهور . وسواء فرض في الحياة أو أوصى ، فكل منها معمول به . وإن وقف ولم يشرط التولية لأحد، فثلاثة طرق .أحدها : هل النظر للواقف، أم للموقوف عليه ، أم للحاكم ؟ فيه ثلاثة أوجه.والطريق الثاني : يبنى على الخلاف في ملك الرقبة ، فان قلنا : هو للواقف ،فالتولية له على الاصح .وقيل : للحاكم، لتعلق حق الغير به . وإن قلنا : لله تعالى ، فهي للحاكم . وقيل : للواقف إذا كان الوقف على جهة عامة ،فان قيامه بأمر الوقف من تتمة القربة. وقيل :للموقوف عليه إن كان معيناً ،لان الغلة والمنفعة له . وإن قلنا : الملك للموقوف عليه ،فالتولية له . والطريق الثالث قاله كثيرون : التولية للواقف بلا خلاف . والذي يقتضي كلام معظم الاصحاب : الفتوى به أن يقال : إن كان الوقف على جهة عامة ، فالتولية للحاكم كما لو وقف على مسجد أو رباط . وإن كان على معين ، فكذلك إن قلنا : الملك ينتقل إلى الله تعالى . وإن جعلناه للواقف ، أو الموقوف عليه ، فكذلك التولية .

فرع

لا بد من صلاحية المتولي لشغل التولية ،والصلاحية بالأمانة ، والكفاية في التصرف، واعتبارهما كاعتبارهما في الوصي والقيم ، وسواء في اشتراطها المنصوب للتولية والواقف إذا قلنا : هو المتولي عند الاطلاق ، وسواء الوقف على الجهة العامة والاشخاص المعينين . وقيل : لاتشترط العدالة إذا كان الوقف على معينين ولا طفل فيهم . فان خان ، حملوه على السداد . والصواب المعروف هو الأول . حتى لو فوض إلى

موصوف بالامانة والكفاية ، فاختلت إحداهما ، انتزع الحاكم الوقف منه . وقبول المتولي ينبغي أن يجيء فيه ما في قبول الوكيل والموقوف عليه .

فرع

وظيفة المتولي العمارة ، والاجارة ، وتحصيل الغلة ، وقسمتها على المستحقين ، وحفظ الاصول والغلات على الاحتياط ، هذا عند الاطلاق . ويجوز أن ينصب الواقف متولياً لبعض الأمور دون بعض ، بأن يجعل إلى واحد العمارة وتحصيل الغلة ، وإلى آخر حفظها وقسمتها على المستحقين ، أو يشرط لواحد الحفظ واليد ، ولآخر التصرف . ولو فرض إلى اثنين ، لم يستقل أحدهما بالتصرف . ولو قال : وقفت على أولادي على أن يكون النظر لعدلين منهم ، فان لم يكن فيهم إلا عدل واحد ، ضم إليه الحاكم عدلاً آخر .

فرع

لو شرط الواقف للمتولي شيئاً من الغلة ، جاز ، وكان ذلك أجرة عمله ، فلو لم يشرط شيئاً ، ففي استحقاقه أجرة عمله الخلاف السابق فيما لو استعمل إنساناً ولم يذكر له أجرة . ولو شرط للمتولي عشر الغلة أجرة لعمله ، ثم عزله ، بطل استحقاقه . وإن لم يتعرض لكونه أجرة ، ففي فتاوى القفال : أنه لا يبطل استحقاقه ، لأن العشر وقف عليه ، فهو كأحد الموقوف عليهم ، ويجوز أن يقال : إذا أثبتنا الأجرة بمجرد التفويض ، أخذاً من العادة ، فالعادة تقتضي أن المشروط للمتولي أجرة عمله ، وإن لم يصفه بأنه أجرة ، ويلزم من ذلك بطلان الاستحقاق بالعزل .

فرع

ليس للمتولي أن يأخذ من مال الوقف شيئاً على أن يضمنه . ولو فعل ،ضمن . ولا يجوز ضم الضمان إلى مال الوقف . وإقراض مال الوقف حكمه حكم إقراض مال الصبي .

فرع

للواقف أن يعزل من ولاه ، وينصب غيره ، كما يعزل الوكيل ، وكأن المتولي نائب عنه . هذا هو الصحيح ، وبه قال الاصطخري، وأبو الطيب ابن سلمة .وفي وجه: ليس له العزل ، لأن ملكه زال فلا تبقى ولايته عليه ، ويشبه أن تكون المسألة مفروضة في التولية بعد تمام الوقف دون ما إذا وقف بشرط أن تكون التولية لفلان ، لأن في فتاوى البغوي : أنه لو وقف مدرسة على أصحاب الشافعي رضي الله عنه،ثم قال لعالم :فوضت إليك تدريسها،أو اذهب ودرس فيها،كان له إبداله بغيره . ولو وقف بشرط أن يكون هو مدرسها ، أو قال حال الوقف : فوضت تدريسها إلى فلان ، فهو لازم لايجوز تبديله ، كما لو وقف على أولاده الفقراء ، لايجوز التبديل بالاغنياء ، وهذا حسن في صيغة الشرط ، وغير متضح في قوله : وقفتها وفوضت التدريس إليه .

قلت : هذا الذي استحسنه الامام الرافعي ، هو الاصح أو الصحيح .ويتعين أن تكون صورة المسألة كما ذكر . ومن أطلقها ، فكلامه محمول على هذا . وفي فتاوى الشيخ أبي عمرو بن الصلاح رحمه الله تعالى : أنه ليس للواقف تبديل من شرط النظر له حال إنشاء الوقف وإن رأى المصلحة في تبديله ، ولا حكم له

في ذلك وأمثاله بعد تمام الوقف.ولو عزل الناظرُ المعين حالة إنشاء الوقف نفسَه ، فليس للواقف نصب غيره ، فانـه لا نظر له بعد أن جعل النظر في حالة الوقف لغيره ، بل ينصب الحاكم ناظراً .

وفيها : أنه إذا جعل في حالة الوقف النظر لزيد بعد انتقال الوقف من عمرو إلى الفقراء ، فعزل زيدٌ نفسه قبل انتقاله إلى الفقراء ، لم ينفذ عزله ، ولا يملك الواقف عزل زيد في الحال ولا بعدها كما تقدم .

وفيها : [أنه] ليس للناظر أن يسند ما جعل له من الاسناد قبل مصير النظر إليه .

وفيها :أنه لو شرط النظر للأرشد من أولاد أولاده ، فكان الارشد من أولاد البنات ، ثبت له النظر .

وفيها : أنه إذا شرط النظر للأرشد من أولاده ، فأثبت كل واحد منهم أنه الارشد ، اشتركوا في النظر من غير استقلال إذا وجدت الاهلية في جميعهم . فان وجدت في بعضهم ، اختص بذلك ، لان البينات تعارضت في الارشد ، فتساقطت وبقي أصل الرشد ، فصار كما لو قامت البينة برشد الجميع من غير تفصيل ، وحكمه التشريك لعدم المزية . وأما عدم الاستقلال ، فكما لو أوصى إلى شخصين مطلقاً .

وفيها : أنه لو كان له النظر على مواضع في بلدان، فأثبت أهلية نظره في مكان منها ، ثبتت أهليته في باقي الاماكن من حيث الامانة ،ولا تثبت من حيث الكفاية، إلا أن تثبت أهليته للنظر في سائر الوقوف . والله أعلم

فرع

في فتاوى البغوي : أنه لايبدّل بعد موت الواقف القيمُ الذي نصبه ، كأنه يجعل بعد موته كالوصي .

فصل

نفقة العبد والبهيمة الموقوفين من حيث شرط الواقف ، فان لم يشرط ،ففي الأكساب وعوض المنافع . فان لم يكن العبد كاسباً ، أو تعطل كسبه ومنافعه لزمانة أو مرض، أو لم يف كسبه بنفقته ، بني على أقوال الملك . فان قلنا : الملك للموقوف عليه ، لزمه النفقة . وإن قلنا : لله تعالى ، ففي بيت المال كما لو أعتق من لاكسب له . وإن قلنا : الواقف ، فهي عليه . فاذا مات ، ففي بيت المال ، قاله المتولي ، لأن التركة انتقلت إلى الورثة ، والرقبة لم تنتقل إليهم ، فلا يلزمهم النفقة . وقياس قولنا : أن رقبة الوقف للواقف ،انتقالها إلى وارثه ، وإذا مات ، فمؤنة تجهيزه كنفقته . وأما العقار الموقوف ، فنفقته من حيث شرط . فان لم يشرط ، فمن غلته . فان لم يكن غلة ، لم يجب على أحد عمارته كالملك الطلق ، بخلاف الحيوان تصان روحه .

فصل

للواقف ولمن ولاّه الواقف إجارة الوقف . وإذا لم ينصب الواقف للتولية أحداً، فالخلاف فيمن له التولية قد سبق ، فان قلنا : المتولي هو الحاكم ، فهو الذي يؤجره ، وإن قلنا : إنه الموقوف عليه بناءً على أن الملك له ،يمكّن من الاجارة على الصحيح . فان كان الموقوف عليه جماعة ، اشتركوا في الايجار، فان كان فيهم طفل ، قام وليه

مقامه . والثاني : لا ، لانه ربما مات في المدة فيكون تصرفه في نصيب غيره . فان كان الواقف جعل لكل بطن منهم الاجارة ، فلهم الاجارة قطعاً . وإذا أجِّر الموقوف عليه بحكم الملك وجوزناه ، فزادت الاجرة في المدة ، أو ظهر طالب بالزيادة ،لم يتأثر العقد به ، كما لو أجر الطلق . ولو أجر المتولي بحكم التولية ، ثم حدث ذلك ، فكذلك الحكم على الاصح ، لان العقد جرى بالغبطة في وقته ، فأشبه ما إذا باع الولي مال الطفل ثم ارتفعت القيمه بالاسواق ، أو ظهر طالب بالزيادة . والثاني: ينفسخ العقد ، لانه بان وقوعه ، بخلاف الغبطة في المستقبل . والثالث : إن كانت الاجارة سنة فما دونها ، لم يتأثر العقد . وإن كانت أكثر ، فالزيادة مردودة ، وبه قطع أبو الفرج الزّاز في « الامالي » .

فصل

إذا اندرس شرط الواقف ، ولم تعرف مقادير الاستحقاق ، أو كيفية الترتيب بين أرباب الوقف ، قسمت الغلة بينهم بالسوية . وحكى بعض المتأخرين أن الوجه: التوقف إلى اصطلاحهم ، وهو القياس . ولو اختلف أرباب الوقف في شرط الوقف، ولا بينة ، جعلت الغلة بينهم بالسوية . فان كان الواقف حياً ، رجع إلى قوله ، كذا ذكره صاحبا « المهذب » و « التهذيب » . ولو قيل : لا رجوع إلى قوله ، كما لارجوع إلى قول البائع إذا اختلف المشتريان منه في كيفية الشراء ، لما كان بعيداً .

قلت : الصواب : الرجوع إليه ، والفرق ظاهر . وقولهم : جعل بينهم ، هو فيما إذا كان في أيديهم ، أو لايد لواحد منهم . أما لو كان في يد بعضهم ، فالقول قوله . قال الغزالي وغيره . فان لم يُعرف أرباب الوقف ، جعلناه كوقف مطلق لم يذكر مصرفه ، فيصرف إلى تلك المصارف . والله أعلم

فصـــل
في تعطل الموقوف واختلال منافعه

وله سببان .

[السبب] **الأول** : أن يحصل بسبب مضمون ، بأن يُقتل العبد الموقوف . فإما أن لا يتعلق بقتله قصاص ، وإما أن يتعلق .

الضرب الاول : ينظر فيه ، هل القاتل أجنبي ، أم الموقوف عليه ، أم الواقف .

الحال الأول : إذا قتله أجنبي ، لزمه قيمته . وفي مصرفها طريقان .

أحدهما : تخريجها على أقوال ملك الرقبة ، إن قلنا : لله تعالى ، اشترى بها عبداً يكون وقفاً مكانه ، فان لم يوجد، فبعض عبد . وإن قلنا : للموقوف عليه أو الواقف، فوجهان . أصحها : كذلك لئلا يتعطل غرض الواقف وحق باقي البطون . والثاني : يصرف ملكاً إلى من حكمنا له بملك الرقبة ، وبطل الوقف .

والطريق الثاني : القطع بأنه يشترى بها عبد يكون وقفاً . والأصحاب متفقون على أن الفتوى بأنه يشترى عبد . وإذا اشتري عبد وفضل شيء من القيمة ، فهل يعود ملكاً للواقف ، أم يصرف إلى الموقوف عليه ؟ وجهان في فتاوى القفال رحمه الله تعالى .

قلت : الوجهان معاً ضعيفان ، والمختار أنه يشترى به شقص عبد ، لأنه بدل جزء من الموقوف ، والتفريع على وجوب شراء عبد . والله أعلم

ثم العبد الذي يجعل بدلاً ، يشتريه الحاكم إن قلنا : الملك في الرقبة لله تعالى . وإن

قلنا : للموقوف عليه ، فالموقوف عليه . وإن قلنا : للواقف ، فوجهان ،ذكره أبو العباس الروياني في « الجرجانيات » . ولايجوز للمتلف أن يشتري العبد ويقيمه مقام الأول ، لأن من ثبت في ذمته شيء ، ليس له استيفاؤه من نفسه لغيره .

فرع

العبد المشترى ، هل يصير وقفاً بالشراء ، أم لابد من وقف جديد ؟ وجهان جاريان في بدل المرهون إذا أتلف . وبالثاني قطع المتولي ، وقال : الحاكم هو الذي ينشىء الوقف ، ويشبه أن يقال : من يباشر الشراء يباشر الوقف .

قلت : الأصح : أنه لابد من إنشاء الوقف فيه ، ووافق المتولي آخرون .

والله أعلم

فرع

لايجوز شراء عبد بقيمة الجارية ، ولا عكسه . وفي جواز شراء الصغير بقيمة الكبير وعكسه ، وجهان حكاهما في « الجرجانيات » .

قلت : أقواهما : المنع ، لاختلاف الغرض بالنسبة إلى البطون من أهل الوقف .

والله أعلم

الحال الثاني والثالث : إذا قتله الموقوف عليه أو الواقف ، فان صرفنا القيمة إليه في الحالة الأولى ملكاً ، فلا قيمة عليه إذا كان هو القاتل ، وإلا ، فالحكم والتفريع كالحالة الأولى .

الضرب الثاني : مايتعلق به القصاص ، فان قلنا : الملك للواقف أو الموقوف عليه، وجب القصاص ويستوفيه المالك منهما . وإن قلنا : لله تعالى ، فهو كعبيد بيت المال. والأصح : وجوب القصاص ، قاله المتولي ، ويستوفيه الحاكم .

فرع

حكم أروش الأطراف والجنايات على العبد الموقوف فيما دون النفس حكم قيمته في جميع ما ذكرناه ، هذا هو الصحيح . وفي وجه : يصرف إلى الموقوف عليه على كل قول كالمهر والأكساب .

فرع

إذا جنى العبد الموقوف جناية موجبة للقصاص ، فللمستحق الاستيفاء . فان استوفى ، فات الوقف كموته . وإن عفا على مال ، أو كانت موجبة للمال ، لم تتعلق برقبته، لتعذر بيع الوقف ، لكن يُفدى كأم الولد إذا جنت . فان قلنا : الملك للواقف ، فداه ، وإن قلنا : لله تعالى ، فهل يفديه الواقف ، أم بيت المال ، أم يتعلق بكسبه ؟ فيه أوجه . أصحها: أولها . وإن قلنا: الموقوف عليه، فداه على الصحيح الذي قطع به الجمهور . وقيل: على الواقف . وقيل: إن قلنا: الوقف لايفتقر إلى القبول ، فعلى الواقف، وإلا ، فعلى الموقوف عليه . وحيث أوجبنا الفداء على الواقف ، فكان ميتاً ، ففي «الجرجانيات » أنه إن ترك مالاً ،فعلى الوارث الفداء .وقال المتولي :لايفدى من التركة،لأنها انتقلت إلى الوارث . فعلى هذا [هل] يتعلق بكسبه ،أم ببيت المال كالحر المعسر الذي لاعاقلة له ؟ وجهان.ولو مات العبد عقب الجناية بلا فصل ، ففي سقوط الفداء وجهان . أحدهما:نعم ، كما لو جنى القن ثم مات . وأصحهما : لا ،وبه

قال ابن الحداد . ويجري الخلاف ، فيما إذا جنت أم الولد وماتت ، وتكرُّر الجناية من العبد الموقوف كتكرُّرها من أم الولد .

قلت : وحيث أوجبنا الأرش في جهة ، وجب أقل الأمرين من قدر قيمته والأرش ، كذا صرح به الأصحاب ، منهم صاحبا «المهذب» و « التهذيب » .وأما قول صاحب « البيان » :إذا أوجبنا على الموقوف عليه تعين الأرش ، فشاذ باطل . والله أعلم

السبب الثاني:أن يحصل التعطل بسبب غير مضمون. فان لم يبق شيء منه ينتفع به ، بأن مات الموقوف ، فقد فات الوقف .وإن بقي، كشجرة جفت ، أو قلعتها الريح ، فوجهان. أحدهما : ينقطع الوقف كموت العبد . فعلى هذا ، ينقلب الحطب ملكاً للواقف . وأصحها : لاينقطع . وعلى هذا، وجهان . أحدهما : يباع مابقي، لتعذر الانتفاع بشرط الواقف . فعلى هذا،الثمن كقيمة المتلَف .فعلى وجه : يصرف إلى الموقوف عليه ملكاً . وفي وجه : يشترى به شجرة ، أو شقص شجرة من جنسها ، لتكون وقفاً . ويجوز أن يشترى به وديٌّ [1]يغرس موضعها . وأصحها : منع البيع . فعلى هذا ، وجهان. أحدهما : ينتفع باجارته جذعاً إدامةً للوقف في عينه . والثاني : يصير ملكاً للموقوف عليه ، واختار المتولي وغيره الوجه الأول إن أمكن استيفاء منفعة منه مع بقائه ، والوجه الثاني إن كانت منفعته في استهلاكه.

فرع

زمانة الدابة الموقوفة ، كجفاف الشجرة .

قلت : هذا إذا كانت الدابة مأكولة ، فانه يصح بيعها للحمها ،فان كانت غير

(١) الودي على وزن فعيل : صغار الفسيل ، الواحدة : ودية .

مأكولة ، لم يجيء الخلاف في بيعها، لأنه لا يصح بيعها إلا على الوجه الشاذ في صحة بيعها اعتماداً على جلدها. والله أعلم

فرع

حصر المسجد إذا بليت ، ونحاتة أخشابه إذا نخرت ، وأستار الكعبة إذا لم يبق فيها منفعة ولا جمال ، في جواز بيعها وجهان . أصحها : تباع، لئلا تضيع وتضيّق المكان بلا فائدة . والثاني : لا تباع ،بل تترك بحالها أبداً. وعلى الاول ، قالوا : يصرف ثمنها في مصالح المسجد . والقياس: أن يشترى بثمن الحصير حصير، ولا يصرف في مصلحة أخرى ، ويشبه أن يكون هو المراد باطلاقهم. وجذع المسجد المنكسر إذا لم يصلح لشيء سوى الاحراق ، فيه هذا الخلاف .وإن أمكن أن يتخذ منه ألواح أو أبواب ، قال المتولي : يجتهد الحاكم ويستعمله فيما هو أقرب إلى مقصود الواقف . ويجري الخلاف في الدار المنهدمة ، وفيما إذا أشرف الجذع على الانكسار والدار على الانهدام . قال الامام : وإذا جوزنا البيع ، فالاصح صرف الثمن إلى جهة الوقف . وقيل : هو كقيمة المتلف ، فيصرف إلى الموقوف عليه ملكاً على رأي ، وإذا قيل به ، فقال الموقوف عليه : لا تبيعوها واقلبوها إلى ملكي ، فلا يُجاب على المذهب ،ولا تنقلب عين الوقف ملكاً ، وقيل: تنقلب ملكاً بلا لفظ .

فرع

لو انهدم المسجد ، أو خربت المحلّة حوله وتفرق الناس عنها فتعطل المسجد ،

لم يعد ملكاً بحال ،ولا يجوز بيعه ،لامكان عوده كما كان ؛ولانه في الحال يمكن الصلاة فيه . ثم المسجد المعطل في الموضع الخراب ، إن لم يُخف من أهل الفساد نقضه ، لم ينقض . وإن خيف، نقض وحفظ وإن رأى الحاكم أن يعمر بنقضه(١) مسجداً آخـر ، جاز ، وما كان أقرب إليه ، فهو أولى ، ولا يجوز صرفه إلى عمارة بئر أو حوض ، وكـذا البئر الموقوفة إذا خربت ، يصرف نُقضها إلى بئر أخرى أو حوض، لا [إلى] المسجد ، ويراعى غرض الواقف ما أمكن .

فرع

جميع ما ذكرناه في حصر المسجد ونظائرها ، هو فيما إذا كانت موقوفة عـلى المسجد . أما ما اشتراه الناظر المسجد ، أو وهبه له واهب ،وقبله الناظر ، فيجوز بيعه عند الحاجة بلا خلاف، لانه ملك ، حتى إذا كان المشترى للمسجد شقصاً ، كان للشريك الأخذ بالشفعة . ولو باع الشريك، فللناظر الأخذ بالشفعة عند الغبطة، هكذا ذكروه .

قلت : هذا إذا اشتراه الناظر ولم يقفه . أما إذا وقفه ، فانه يصير وقفاً قطعاً، وتجري عليه أحكام الوقف . **والله أعلم**

فرع

لو وقف على ثغر ،فاتسعت خطة الاسلام حوله ،تحفظ غلة الوقف ، لاحتمال عوده ثغراً.

(١) النقض على وزن قفل : اسم للبناء المنقوض إذا هدم ، وقال بعضهم : النقض بكسر النون .

فرع

قال أبو عاصم العبادي : لو وقف على قنطرة ، فانخرق الوادي وتعطلت تلك القنطرة واحتيج إلى قنطرة أخرى ، جاز النقل إلى ذلك الموضع .

فرع

إذا خرب العقار الموقوف على المسجد وهناك فاضل من غلته ، بدىء منه بعمارة العقار .

فرع

قال ابن كج : إذا حصل مال كثير من غلة المسجد ، أُعدّ منه قدر ما لو خرب المسجد أعيدت به العمارة ، والزائد يشترى به للمسجد ما فيه زيادة غلة . وفي فتاوى القفال : أن الموقوف لعمارة المسجد لايشترى به شيء أصلاً ، لأن الواقف وقف على العمارة .

فصل

في مسائل منثورة تتعلق بالباب

إحداها : وقف على الطالبيين ، وجوزناه ، كفى الصرف إلى ثلاثة ، ويجوز أن يكون أحدهم من أولاد علي ، والثاني من أولاد جعفر ، والثالث من أولاد عقيل ،

رضي الله عنهم . ولو وقف على أولاد علي وأولاد عقيل وأولاد جعفر رضي الله عنهم ، فلا بد من الصرف إلى ثلاثة من كل صنف .

الثانية : وقف شجرة ، ففي دخول المغرس وجهان ، وكذا حكم الأساس مع البناء .

الثالثة : وقف على عمارة المسجد ، لايجوز صرف الغلة إلى النقش والتزويق، وذكر في « العدة » أنه يجوز دفع أجرة القيِّم منه ، ولا يجوز صرف شيء منه إلى الامام والمؤذن ، والفرق أن القيِّم يحفظ العمارة . قال : ويجوز أن يشترى منه البواري ، ولا يشترى الدهن على الأصح . والذي ذكره البغوي وأكثر من تعرض للمسألة : أنه لايشترى منه الدهن ولا الحصير . والتجصيص الذي فيه إحكام ، معدود من العمارة . وإذا وقف على عمارة المسجد ، جاز أن يشترى منه سُلَّم لصعود السطح ، ومكانس يكنس بها ، ومساحي لنقل التراب ، لأن ذلك كله لحفظ العمارة. ولو كان يصيب بابه المطر ويفسده ، جاز بناء ظُلَّة منه ، وينبغي أن لايضر بالمارة. ولو وقف على مصلحة المسجد ، لم يجز النقش والتزويق ، ويجوز شراء الحصر والدهن ، والقياس جواز الصرف إلى الامام والمؤذن أيضاً . والموقوف على الحشيش والسقف ، لايصرف إلى الحصير ولا بالعكس ، والموقوف على أحدهما لايصرف إلى اللبود ولا بالعكس . ولو وقف على المسجد مطلقاً ، وجوزناه ، قال البغوي : هو كالوقف على عمارة المسجد . وفي « الجرجانيات » في جواز الصرف إلى النقش والتزويق في هذه الصورة وجهان . وفي فتاوى الغزالي : أنه يجوز هنا صرف الغلة إلى الامام والمؤذن ، وأنه يجوز بناء منارة للمسجد ، ويشبه أن يجوز بناء المنارة من الموقوف على عمارة المسجد أيضاً . ولو وقف على النقش والتزويق ، فوجهان قريبان من الخلاف في جواز تحلية المصحف .

قلت : الأصح : لايصح الوقف على النقش والتزويق ، لأنه منهي عنه .
والله أعلم

الرابعة : إذا قال المتولي : أنفقت كذا ، فالظاهر قبول قوله عند الاحتمال .
الخامسة : لايجوز قسمة العقار الموقوف بين أرباب الوقف . وقال ابن القطان:
إن قلنا : القسمة إفراز ، جاز ، فاذا انقرض البطن الأول ، انقضت القسمة ،ويجوز
لأهل الوقف المهايأة ، قاله ابن كج .
السادسة : لايجوز تغيير الوقف عن هيئته ، فلا تجعل الدار بستاناً ولا حماماً ،
ولا بالعكس ، إلا إذا جعل الواقف إلى الناظر مايرى فيه مصلحة للوقف . وفي
فتاوى القفال : أنه يجوز أن يجعل حانوت القصارين للخبازين ، فكأنه احتمل تغيير
النوع دون الجنس . ولو هدم الدارَ أو البستان ظالم ، أخذ منه الضمان وبني به
أو غرس ليكون وقفاً مكان الاول . ولو انهدم البناء وانقلعت الاشجار، استغلت
الأرض بالاجارة لمن يزرعها أو يضرب فيها خيامه ، ثم تبنى وتغرس من غلتها ،
ويجوز أن يقرض الامام الناظر من بيت المال ، أو يأذن له في الاقتراض أو الانفاق
من مال نفسه على العمارة بشرط الرجوع ، وليس له الاقتراض دون إذن الامام .
السابعة : لو تلف الموقوف في يد الموقوف عليه من غير تعدٍّ ، فلا ضمان عليه.
قلت :ومن ذلك الكيزان المسبَّلة على أحواض الماء والانهر ونحوها ، فلا ضمان
على من تلف في يده شيء منها بلا تعد . فان تعدى ، ضمن ، ومن التعدي ،
استعماله في غير ما وقف له . والله أعلم

الثامنة : لو انكسر المرجل والطنجير الموقوفان ، ووجد متبرع بالاصلاح ،
فذاك ، وإلا ، اتخذ منه أصغر وأنفق الباقي على إصلاحه . فان لم يمكن اتخاذ مرجل

وطنجير ، اتخذ منه ما يمكن من قصعة ومغرفة وغيرهما ، ولا حاجة هنا إلى إنشاء وقفه ، فانه غير الموقوف . .

التاسعة : الوقف على الفقراء ، هل يختص بفقراء بلد الواقف ؟ فيه الخلاف المذكور فيما لو أوصى للفقراء . وهل يجوز الدفع [منه] إلى فقيرة لها زوج يمونها؟ فيه خلاف سبق في أول قسم الصدقات .

قلت : سبق هناك ، أن الاصح أنه لايدفع إليها ولا إلى الابن المكفي بنفقة أبيه ، قال صاحب « المعاياة » : ولو كان له صنعة يكتسب بها كفايته ولا مال له، استحق [الوقف] باسم الفقر قطعاً .وفي هذا الذي قاله احتمال. **والله أعلم**

العاشرة : سئل الحناطي عن شجرة تنبت في المقبرة ، هل يجوز للناس الأكل من ثمرها ؟ فقال : قيل : يجوز ،وعندي الأولى أن تصرف في مصالح المقبرة .

قلت : المختار : الجواز . **والله أعلم**

وسئل عن شجرة غرسها رجل في المسجد ، فقال : إن غرسها للمسجد ، لم يجز أكل ثمرها بلا عوض ، ويجب صرف عوضها في مصالح المسجد ، وينبغي أن لاتغرس الأشجار في المسجد .

قلت : وإن غرسها مسبلة للأكل ، جاز أكلها بلا عوض ، وكذا إن جهلت نيته حيث جرت العادة به ، وسبق في كتاب الصلاة أنها تقلع . **والله أعلم**

الحادية عشرة : قال الائمة : إذا جعل البقعة مسجداً ، فكان فيها شجرة ، جاز للامام قلعها باجتهاده . وبماذا ينقطع حق الواقف عن الشجرة ؟ قال الغزالي في « الفتاوى » : مجرد ذكر الارض لايخرج الشجرة عن ملكه كبيع الارض ،

وحينئذٍ لا يكلف تفريغ الارض ، ولك أن تقول :في استتباع الارض للشجر في البيع قولان . وإذا قال : جعلت هـذه الارض مسجداً ، فلا تدخل الشجرة قطعاً ، لانها لاتجعل مسجداً . ولو جعل الارض مسجداً ،ووقف الشجرة عليها ، فعلى هذه الصورة ونحوها يُنزَّل كلام الاصحاب .

الثانية عشرة : أفتى الغزالي بأنه يجوز وقف الستور لتستر بها جدران المسجد، وينبغي أن يجيء فيه الخلاف السابق في النقش والتزويق .

الثالثة عشرة : لو وقف على دهن السراج للمسجـد ، جاز وضعه في جميـع الليل ، لانه أنشط للمصلين .

قلت : إنما يسرج جميع الليل إذا انتفع به مَن في المسجد كمصلٍّ ونائم وغيرهما . فان كان المسجد مغلقاً ليس فيه أحد ، ولا يمكن دخوله ، لم يسرج ،لانه إضاعة مال . والله أعلم

* * *

كتاب الهبة

قسم الشافعي رضي الله عنه العطايا ، فقال : تبرُّع الانسان بماله على غيره ؛ ينقسم إلى معلَّق بالموت [وهو] الوصية ، وإلى منجَّز في الحياة ، وهو ضربان . أحدهما : تمليك محض ، كالهبات والصدقات . والثاني : الوقف .

والتمليك المحض : ثلاثة أنواع : الهبة ، والهدية ، وصدقة التطوع . وسبيل ضبطها أن نقول : التمليك لابعوض هبة . فان انضم إليه حمل الموهوب من مكان إلى مكان الموهوب له إعظاماً له أو إكراماً ، فهو هدية ، وإن انضم إليه كون التمليك للمحتاج تقرباً إلى الله تعالى ، وطلباً لثواب الآخرة ، فهو صدقة ، فامتياز الهدية عن الهبة بالنقل والحمل من موضع إلى موضع ، ومنه إهداء النعم إلى الحرم ، ولذلك لايدخل لفظ الهدية في العقار بحال ، فلا يقال : أهدى إليه داراً ، ولا أرضاً ، وإنما يطلق ذلك في المنقولات كالثياب والعبيد ، فحصل من هذا أن هذه الانواع تفترق بالعموم والخصوص ، فكل هدية وصدقة هبة ، ولا تنعكس . ولهذا لو حلف لايهب ، فتصدق ، حنث ، وبالعكس لايحنث . واختلفوا في أنه هل يشترط في حدّ الهدية أن يكون بين المهدي والمهدى إليه رسول أو متوسط ، أم لا ؟ فحكى أبو عبد الله الزبيري ، فيما إذا حلف لايهدي إليه ، فوهب له خاتماً أو نحوه يداً بيد ، هل يحنث ؟ وجهين . والاصح : أنه لايشترط ، وينتظم أن يقول لمن حضر عنده : هذه هديتي أهديتها لك . وهذه الانواع الثلاثة مندوب إليها ، وتفترق في أحكام ، وتشترك في أحكام ، وسيأتي بيانها إن شاء الله تعالى .

قلت : قال أصحابنا : وفعلها مع الاقارب ومع الجيران أفضل من غيرهم .

والله أعلم

فرع

ينبغي أن لايحتقر القليل فيمتنع من إهدائه ، وأن لايستنكف المهدى إليه عن قبول القليل .

قلت : ويستحب للمهدى إليه أن يدعوَ للمهدي ، ويستحب للمهدي إذا دعا له المهدي إليه ، أن يدعو أيضاً له ، وقد أوضحت ذلك مع بيان ما يدعو به في كتاب « الاذكار » . **والله أعلم**

فصل

ويشتمل الكتاب على بابين .

أحدهما : في أركان الهبة وشرط لزومها . أما أركانها فأربعة .

[الركن] الاول والثاني : العاقدان ،وأمرهما واضح .

الركن الثالث : الصيغة . أما الهبة ، فلا بد فيها من الايجاب والقبول باللفظ ، كالبيع وسائر التمليكات . وأما الهدية ، ففيها وجهان . أحدهما : يشترط فيها الايجاب والقبول ، كالبيع والوصية ، وهذا ظاهر كلام الشيخ أبي حامد والمتلقّين عنه . والثاني : لاحاجة فيها إلى إيجاب وقبول باللفظ ، بل يكفي القبض ويملك به، وهذا هو الصحيح الذي عليه قرار المذهب ونقله الأثبات من متأخري الاصحاب، وبه قطع المتولي والبغوي ، واعتمده الروياني وغيرهم ، واحتجوا بأن الهدايا كانت

تحمل إلى رسول الله ﷺ فيقبلها ، ولا لفظ هناك ، وعلى ذلك جرى الناس في الأعصار ، ولذلك كانوا يبعثون بها على أيدي الصبيان الذين لاعبارة لهم .

فان قيل : هذا كان إباحة لاهدية وتمليكاً ، فجوابه أنه لو كان إباحة ، لما تصرفوا فيه تصرُّف الملاك ، ومعلوم أن ما قَبِله النبي ﷺ ، كان يتصرف فيه ويملّكه غيره . ويمكن أن يحمل كلام من اعتبر الايجاب والقبول على الأمر المشعر بالرضى دون اللفظ ، ويقال : الاشعار بالرضى قد يكون لفظاً وقد يكون فعلاً .

فرع

الصدقة كالهدية بلا فرق فيما ذكرناه ، وسواء فيما ذكرناه في الهدية الأطعمةُ وغيرها .

فرع

في مسائل تتعلق بما سبق

إحداها : حيث اعتبرنا الايجاب والقبول ، لايجوز التعليق على شرط ، ولا التوقيت على المذهب ، وفيها كلام سنذكره في العُمْرَى إن شاء الله تعالى ، وكذلك لايجوز تأخير القبول عن الايجاب ، بل يشترط التواصل المعتاد كالبيع ، وعن ابن سريج جواز تأخير القبول كما في الوصية ، وهذا الخلاف حكاه كثيرون في الهبة ، وخصه المتولي بالهدية ، وجزم بمنع التأخير في الهبة ، والقياس التسوية بينهما . ثم في الهدايا التي يبعث بها [من] موضع إلى موضع ، وإن اعتبرنا اللفظ والقبول على الفور ، فاما أن يوكل الرسول ليوجب ويقبل المبعوث إليه ، وإما أن يوجب المهدي ويقبل المهدى إليه عند الوصول إليه .

الثانية : إذا كانت الهبة لمن ليس له أهلية القبول ، نظر ، إن كان الواهب أجنبياً ، قبل له من يلي أمره من ولي ووصي وقيّم . وإن كان الواهب ممن يلي أمره ، فان كان غير الأب والجد ، قبل له الحاكم أو نائبه . وإن كان أباً أو جداً، تولى الطرفين . وهل يحتاج إلى لفظي الايجاب والقبول ، أم يكفي أحدهما ؟وجهان كما سبق في البيع . قال الامام : وموضع الوجهين في القبول ، ما إذا أتى بلفظ مستقل، كقوله : اشتريت لطفلي ، أو اتهبت له كذا . أما قوله : قبلت البيع والهبة، فلا يمكن الاقتصار عليه بحال .

فرع

لا اعتبار بقبول متعهد الطفل الذي لاولاية له عليه .

الثالثة : إذا وهب لعبد غيره ، فالمعتبر قبول العبد . وفي افتقاره إلى إذن سيده خلاف سبق .

الرابعة : وهب له شيئاً فقبل نصفه ، أو وهب له عبدين، فقبل أحدهما ، ففي صحته وجهان . والفرق بينه وبين البيع ، أن البيع معاوضة .

الخامسة : غرس أشجاراً وقال عند الغراس : أغرسه لابني ، لم يصر للابن. ولو قال : جعلته لابني وهو صغير ، صار للابن،لأن هبته له لاتقتضي قبولاً ، بخلاف ما لو جعله لبالغ،كذا قاله الشيخ أبوعاصم،وهو ملتفت إلى الانعقاد بالكنايات، وإلى أن هبة الأب لابنه الصغير يكفي فيها أحد الشقين .

السادسة : لو ختن ابنه واتخذ دعوة ، فحملت إليه هدايا ولم يسمّ أصحابها الاب ولا الابن ، فهل تكون الهدية ملكاً للأب ، أم للابن ؟ فيه وجهان .

قلت : قطع القاضي حسين في « الفتاوى » بأنه للابن ، وأنه يجب على الأب أن يقبلها لولده ، فان لم يقبل ، أثم . قال : وكذا وصيٌّ وقيِّم ، يقبل الهدية والوصية للصغير . قال : فان لم يقبل الوصي الوصية والهدية ، أثم وانعزل لتركه النظر .وفي فتاوى القاضي : أن الشيخ أبا إسحاق الشيرازي قال : تكون ملكاً للأب ، لأن الناس يقصدون التقرب إليه ، وهذا أقوى وأصح . والله أعلم

السابعة : بعث إليه هدية في ظرف ، والعادة في مثلها رد الظرف ، لم يكن الظرف هدية . فان كان العادة أن لا يرد كقوصرَّة التمر ، فالظرف هدية أيضاً ، وقد يميز القسمان بكونه مشدوداً فيه وغير مشدود . وإذا لم يكن الظرف هدية ، كان أمانة في يد المهدي إليه ، وليس له استعماله في غير الهدية . وأما فيها ، فان اقتضت العادة تفريغه ، لزم تفريغه . وإن اقتضت التناول منه ، جاز التناول منه، قال البغوي : ويكون عارية .

الثامنة : بعث كتاباً إلى حاضر أو غائب ، وكتب فيه أن اكتب الجواب على ظهره ، لزمه رده ، وليس له التصرف فيه ، وإلا ، فهو هدية يملكها المكتوب إليه ، قاله المتولي . وقال غيره : يبقى على ملك الكاتب ، وللمكتوب إليه الانتفاع به على سبيل الاباحة .

قلت : هذا الثاني حكاه صاحب « البيان » عن حكاية القاضي أبي الطيب عن بعض الأصحاب ، والأول أصح . والله أعلم

التاسعة : أعطاه درهماً وقال : ادخل به الحمام ، أو دراهم وقال : اشتر بها لنفسك عمامة ونحو ذلك ، ففي فتاوى القفال : أنه إن قال ذلك على سبيل التبسُّط المعتاد ، ملكه وتصرف [فيه] كيف شاء . وإن كان غرضه تحصيل

ماعيَّنه لما رأى به من الشعث والوسخ ، أو لعلمه بأنه مكشوف الرأس ، لم يجز صرفه إلى غير ماعيَّنه .

قلت : وقال القاضي حسين في « الفتاوى » : وهل يتعين ؟ يحتمل وجهين . قال: ولو طلب الشاهد مركوباً ليركبه في أداء الشهادة ، فأعطاه دراهم ليصرفها إلى مركوب ، هل له صرفها إلى جهة أخرى ؟ وجهان . الصحيح المختار ، ما قاله القفال. قال القاضي : ولو قال : وهبتك هذه الدراهم بشرط أنك تشتري بها خبزاً لتأكله، لم تصح الهبة ، لأنه لم يطلق له التصرف . والله أعلم

العاشرة : سئل الشيخ أبو زيد رحمه الله تعالى عن رجل مات أبوه ، فبعث إليه رجل ثوباً ليكفّنه فيه ، هل يملكه حتى يمسكه ويكفّنه في غيره ؟ فقال : إن كان الميت ممن يتبرَّك بتكفينه لفقهٍ وورعٍ ، فلا ، ولو كفنه في غيره ، وجب رده إلى مالكه .

الحادية عشرة : في فتاوى الغزالي : أن خادم الصوفية الذي يتردد في السوق ويجمع لهم شيئاً يأكلونه ، يملكه الخادم ، ولا يلزمه الصرف إليهم ، إلا أن المروءة تقتضي الوفاء بما تصدَّى له ، ولو لم يف ، فلهم منعه من أن يظهر الجمع لهم والانفاق عليهم . وإنما ملكه لأنه ليس بولي ولا وكيل عنهم ، بخلاف هدايا الختان .

قلت : ومن مسائل الفصل ، أن قبول الهدايا التي يجيء بها الصبي المميز، جائز باتفاقهم ، وقد سبق في كتاب البيع ، وأنه يجوز قبول هدية الكافر ، وأنه يحرم على العمال وأهل الولايات قبول هدية من رعاياهم . والله أعلم

فصل

في العمرى والرقبى

أما العمرى ، فقوله : أعمرتك هذه الدار مثلاً ، أو جعلتها لك عمرك ، أو حياتك،أو ماعشت ، أو حييت ، أو بقيت ، وما يفيد هذا المعنى.ثم له أحوال.

أحدها : أن يقول مع ذلك : فاذا مت ، فهي لورثتك أو لعقبك ، فيصح وهي الهبة بعينها،لكنه طوّل العبارة . فاذا مات ، فالدار لورثته ، فان لم يكونوا، فلبيت المال ،ولا تعود إلى الواهب بحال .

الثاني : يقتصر على قوله : جعلتها لك عمرك،ولم يتعرض لما سواه ، فقولان . أظهرهما وهو الجديد : أنه يصح ،وله حكم الهبة . والقديم : أنه باطل . وقيل : إن القديم :أن الدار تكون للمعمَّر حياته . فاذا مات، عادت إلى الواهب أو ورثته كما شرط . وقيل : القديم:أنها تكون عارية يستردها متى شاء ، فاذا مات، عادت إلى الواهب .

الثالث : أن يقول : جعلتها لك عمرك ، فاذا متّ عادت إليّ أو إلى ورثتي إن كنتُ مت . فان قلنا بالبطلان في الحال الثاني ، فهنا أولى . وإن قلنا بالصحة والعود إلى الواهب ، فكذا هنا . وإن قلنا بالجديد ، فوجهان . أحدهما : البطلان . والصحيح : الصحة ، وبه قطع الأكثرون ، وسوّوا بينه وبين حالة الاطلاق ، وكأنهم أخذوا باطلاق الاحاديث الصحيحة وعدلوا به عن قياس الشروط الفاسدة .

وأما الرقبى : فهو أن يقول : وهبت لك هذه الدار عمرك ، على أنك إن مت قبلي عادت إليّ . وإن مت قبلك استقرت لك ، أو جعلت هذه الدار لك رقبى، أو أرقبتها لك . وحكمها حكم الحال الثالث من العمرى ، وحاصله طريقان . أحدهما: القطع بالبطلان . وأصحهما : قولان . الجديد الأظهر : صحته ، ويلغو الشرط .

فالحاصل أن المذهب صحة العمرى والرقبى في الأحوال الثلاثة ،فاذا صححناهما وألغينا الشرط، تصرف المعمر في المال كيف شاء . وإن أبطلنا العقد أو جعلناه عارية ، فلا يخفى أنه ليس له التصرف بالبيع ونحوه . وإن قلنا بصحة العقد والشرط ، فباع الموهوب له ثم مات ، فقد ذكر الامام احتمالين . أصحها عنده : لا ينفذ البيع ، لأن مقتضى البيع التأبيد ، وهو لم يملك إلا مؤقتاً ، فكيف يملّك غيره ما لم يملكه ؟ والثاني : ينفذ كبيع المعلّق عتقه على صفة ، وبهذا قطع ابن كج وعلّله بأنه ملك في الحال ، والرجوع أمر يحدث ، وشبهه برجوع نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول . فاذا صححنا بيعه ، فيشبه أن يرجع الواهب في تركته بالغرم رجوع الزوج إذا طلق بعد خروج الصداق عن ملكها . قال الامام : وفي رجوع المال إلى ورثة الواهب إذا مات قبل الموهوب له ، استبعاد ، لأنه إثبات ملك لهم فيما لم يملكه المورث ، لكنه كما لو نصب شبكة فوقع بها صيد بعد موته ، يكون ملكاً للورثة . والصحيح : أنه تركة تقضى منها ديونه وتنفذ الوصايا .

فرع

قال : جعلت هذه الدار لك عمري أو حياتي ، فوجهان . أحدهما : أنه كقوله: جعلتها لك عمرك أو حياتك ، لشمول اسم العمرى . وأصحها : البطلان ، لخروجه عن اللفظ المعتاد ، ولما فيه من تأقيت الملك ، فانه قد يموت الواهب أولاً ، بخلاف العكس، فان الانسان لا يملك إلا مدة حياته ، فلا توقيت فيه . وأجري الخلاف فيما لو قال: جعلتها لك عمر فلان .وخرج من تصحيح العقد وإلغاء الشرط في هذه الصورة وجه: أن الشرط الفاسد لا يفسد الهبة ، وطرد ذلك في الوقف . ثم منهم من خص الخلاف في هذه القاعدة بما هو من قبيل الأوقات ، كقوله : وهبتك أو وقفتها سنة.

ومنهم من طرده في كل شرط ، كقوله : وهبتك بشرط أن لاتبيعه إذا قبضته ونحو ذلك ، وفرقوا بين البيع والهبة والوقف ، بأن الشرط في البيع يورث جهالة الثمن فيفسد البيع . والمذهب فساد الهبة والوقف بالشروط المفسدة للبيع ، بخلاف العمرى ، لما فيها من الأحاديث الصحيحة (١) .

فرع

لو باع على صورة العمرى فقال : ملكتكها بعشر عمرك ، قال ابن كج: لايبعد عندي جوازه تفريعاً على الجديد . وقال أبو علي الطبري : لايجوز .

فرع

لايجوز تعليق العمرى ، كقوله : إذا مات أو قدم فلان أو جاء رأس الشهر فقد أعمرتك هذه الدار ، أو فهي لك عمرك . فلو علق بموته فقال : إذا متُّ فهذه الدار لك عمرك ، فهي وصية تعتبر من الثلث . فلو قال : إذا متُّ فهي لك

---

(١) منها ، قوله صلى الله عليه وسلم : « العمرى ميراث لأهلها » أو قال : « جائزة » متفق عليه عن أبي هريرة رضي الله عنه . وعن جابر رضي الله عنه قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرى لمن وهبت له . متفق عليه . وعن جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه ، فانها للذي أعطيها ، لا ترجع إلى الذي أعطاها ، لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث » رواه مسلم . وعن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أمسكوا عليكم أموالكم ، ولا تفسدوها ، فانه من أعمر عمرى ، فهي للذي أعمرها حياً وميتاً ، ولعقبه » رواه مسلم . وانظر « شرح مسلم » للمصنف ١١/ ٦٨ ، و« فتح الباري » للحافظ ابن حجر ٥/١٧٦ « ونيل الأوطار » للشوكاني ٦ / ١١٧ .

عمرك ، فاذا متّ عادت إلى ورثتي ، فهي وصية بالعمرى على صورة الحالة الثالثة .

فرع

جعل رجلان كل واحد منهما داره للآخر عمره ، على أنه إذا مات قبله ، عادت إلى صاحب الدار ، فهذه رقبى من الجانبين .

فرع

قال : داري لك عمرك ، فاذا متّ فهي لزيد ، أو عبدي لك عمرك ، فاذا متّ فهو حرّ ، صحت العمرى على قوله الجديد ، ولغا المذكور بعدها .

الركن الرابع : الموهوب ، فما جاز بيعه ، جازت هبته ، ومالا ، فلا ، هذا هو الغالب . وقد يختلفان ، فتجوز هبة المشاع سواء المنقسم وغيره ، وسواء وهبه للشريك أو غيره ، وتجوز هبة الارض المزروعة مع زرعها ودون زرعها وعكسه.

فرع

لو وهب لاثنين ، فقبل أحدهما نصفه ، فوجهان كالبيع . وقطع صاحب «الشامل» بالتصحيح .

فرع

لاتصح هبة المجهول ، ولا الآبق والضالّ ، وتجوز هبة المغصوب لغير الغاصب إن قدر على الانتزاع ، وإلا ، فوجهان . وأما هبته للغاصب ، فقد ذكرناها في

كتاب الرهن . وتجوز هبة المستعار لغير المستعير . ثم إذا قبض الموهوب له بالاذن، برىء الغاصب والمستعير من الضمان ، وتجوز هبة المستأجَرة إذا جوزنا بيعها ، وإلا، ففيها الوجهان . ثم قال الشيخ أبو حامد وغيره : ولو وكل الموهوبُ له الغاصب أو المستعير أو المستأجر في قبض مافي يده من نفسه ،وقَبِلَ ،صح . وإذا مضت مدة يتأتى فيها القبض، برىء الغاصب والمستعير من الضمان،وهذا يخالف الاصل المشهور في أن الشخص لايكون قابضاً مقبضاً ، وفي هبة المرهون وجهان . إن صححناها ، انتظرنا ، فان بيع في الرهن ، بان بطلان الهبة . وإن فك الرهن ، فللواهب الخيار في الاقباض . ويجري الوجهان في هبة الكلب ، وجلد الميتة قبل الدباغ ، والخمر المحترمة . والأصح من الوجهين في هذه الصور كلها البطلان ، قياساً على البيع . والثاني : الصحة ، لأنها أخف من البيع . قال الامام : من صحح فيها ، فحقه تصحيحها في المجهول والآبق كالوصية .

فرع

إذا وهب الدَّين لمن هو عليه ، فهو إبراء، ولا يحتاج إلى القبول على المذهب . وقيل : يحتاج اعتباراً باللفظ . وإن وهبه لغير من هو عليه ،لم يصح على المذهب وقيل : في صحته وجهان ، كرهن الدَّين . فان صححنا ، ففي افتقار لزومها إلى قبض الدَّين ، وجهان . فان قلنا : لايفتقر ، فهل يلزم بنفس الايجاب والقبول كالحوالة ؟ أم لابد من إذن جديد ويكون ذلك كالتخلية فيما لايمكن نقله ؟وجهان.

فرع

رجل عليه زكاة وله دين على مسكين ، فوهب له الدَّين بنية الزكاة ، لم يقع الموقع ،لأنه إبراء وليس بتمليك . وإقامة الابراء مقام التمليك إبدال ، وذلك لايجوز

في الزكاة ،هكذا قال صاحب « التقريب » . ولك أن تقول :ذكروا وجهين في أن هبة الدين ممن عليه[الدين]تتنزّل منزلة التمليك،أم هو محض إسقاط؟وعلى هذا خرج اعتبار القبول فيها.فان قلنا : تمليك ، وجب أن يقع الموقع. ولو كان الدَّين على غير المسكين ،فوهبه للمسكين بنية الزكاة ، وقلنا :تصح الهبة ولا يعتبر القبض ،أجزأه عن الزكاة ،ويطالب المسكين والمديون.

فصل

وأما شرط لزوم الهبة ، فهو القبض ، فلا يحصل الملك في الموهوب والهدية إلا بقبضها ، هذا هو المشهور.وفي قول قديم :يملك بالعقد كالوقف. وفي قول مخرج: الملك موقوف ،فان قبض ، تبينّا أنه ملك بالعقد .ويتفرع على الأقوال أن الزيادة الحادثة بين العقد والقبض ، لمن تكون ؟ ولو مات الواهب أو الموهوب له بعد العقد وقبل القبض ، فوجهان . وقيل : قولان .أحدهما : ينفسخ العقد ، لجوازه ، كالشركة والوكالة . وأصحها : لاينفسخ ،لأنه يؤول إلى اللزوم ، كالبيع الجائز،بخلاف الشركة .فعلى هذا،إن مات الواهب تخيّر الوارث في الاقباض . وإن مات الموهوب له ، قبض وارثه إن أقبضه الواهب . ويجري الخلاف في جنون أحدهما وإغمائه .

قلت : قال البغوي : ويقبض بعد الافاقة منهما ، ولا يصح القبض في حال الجنون والاغماء. والله أعلم

فرع

القبض المحصّل للملك ، هو الواقع باذن الواهب ، فلو قبض بلا إذنه ،لم يملكه،

ودخل في ضمانه ،سواء قبض في مجلس العقد أو بعده . ولو كان الموهوب في يد الموهوب له ، فحكمه ماسبق في كتاب الرهن . ولو أذن في القبض،ثم رجع عنه قبل القبض ، صح رجوعه ، فلا يصح القبض بعده. وكذا لو أذن ،ثم مات الآذن أو المأذون له قبل القبض ، بطل الاذن .

فرع

بعث هدية إلى إنسان ،فمات المهدى إليه قبل وصولها إليه، بقيت الهدية المهدي . ولو مات المهدي ، لم يكن للرسول حملها إلى المهدى إليه، وكذا المسافر إذا اشترى لأصدقائه هدايا ،فمات قبل وصولها إليهم ، فهي له تركة .

فرع

كيفية القبض في العقار والمنقول ، كما سبق في البيع . وحكينا هنا قولاً ، أن التخلية في المنقول قبض . قال المتولي : لاجريان له هنا،لأن القبض هناك مستحق ، والمشتري المطالبة به ،فجعل التمكين قبضاً ، وفي الهبة غير مستحق ، فاعتبر تحقيقه ولم يكتف بالوضع بين يديه .

قلت :فلو كان الموهوب مشاعاً ، فان كان غير منقول،فقبضه بالتخلية ، وإن كان منقولاً ، فقبضه بقبض الجميع . قال أصحابنا: صاحب « الشامل » وآخرون : فيقال للشريك ليرضى بتسليم نصيبه أيضاً إلى الموهوب له ، ليكون في يده وديعة حتى يتأتى القبض ثم يرده إليه . فان فعل،[فقبض الموهوب الجميع ، ملك . وإن

امتنع ، قيل للموهوب له : وكل الشريك في القبض لك . فان فعل] [١] نقله الشريك وقبضه له . فان امتنعا، نصب الحاكم من يكون في يده لهما فينقله ليحصل القبض،لأنه لاضرر في ذلك عليهما .[والله أعلم]

فرع

لو أتلف المتهب الموهوب ، لم يصر قابضاً ، بخلاف المشتري إذا أتلف المبيع ، والفرق ماسبق في الفرع قبله . ولو أذن الواهب للموهوب له في أكل طعام الموهوب، فأكله ، أو في إعتاق الموهوب ، فأعتقه ، أو أمر الموهوبُ له الواهب باعتاقه ،فأعتقه، كان قابضاً .

فرع

لو باع الواهبُ الموهوب قبل الاقباض ، حكى الشيخ أبو حامد : أنه إن كان يعتقد أن الهبة غير لازمة ، صح بيعه وبطلت الهبة . وإن اعتقد لزومها وحصول الملك بالعقد ، ففي صحة بيعه قولان ، كمن باع مال أبيه يظن أنه حيٌّ [٢] ، فبان ميتاً .

---

(١) في هامش نسخة الظاهرية عند هذا الكلام الذي وضعناه بين قوسين،وهو موجود في الاصل مانصه: هذه الزيادة ثابتة في نسختين منقولتين من خط المؤلف واحدتهما قديمة مؤرخ فراغ جزء البيوع منها بأوائل جمادى الآخرة سنة سبع وثمانين وستمائة ، وليست في أصل المؤلف ، بل على حاشيته بخط غيره، لكن سقط منها من قوله : « فقبض الموهوب . . . إلى : نقله »، وبقربها على الحاشية أثر كتابة ملصوق عليها قطعة ورق مصحح عليها بخط المؤلف ، فلعلها نقلت منها قبل اللصوق عليها . اه .

(٢) في الاصل : حياً .

فرع

في مسائل محكية عن نص الشافعي رضي الله عنه

لو قال : وهبته له وملكه ، لم يكن إقراراً بلزوم الهبة ، لجواز أن يعتقد لزومها وحصول الملك بالعقد ، والاقرار يحمل على اليقين .ولو قال:وهبته له وخرجت إليه منه ، فان كان الموهوب في يد المتهب ، كان إقراراً بالقبض ، وإن كان في يد الواهب ، فلا. ولو قيل له : وهبتَ دارك لفلان وأقبضتَه ؟ فقال : نعم ، كان إقراراً بالهبة والاقباض.

الباب الثاني

في حكم الهبة في الرجوع والثواب

فيه طرفان .

[**الطرف**] **الأول** : في الرجوع ، فالهبة تنقسم إلى مقيدة بنفي الثواب ، ومقيدة باثباته ، ومطلقة . أما المقيدة بنفي الثواب ، فتلزم بنفس القبض ، ولارجوع فيها إلا الوالد ، فانه يرجع فيما وهبه لولده كما سيأتي إن شاء الله تعالى .

فصل

ينبغي الوالد أن يعدل بين أولاده في العطية ، فان لم يعدل ، فقد فعل مكروهاً، لكن تصح الهبة . والأولى في هذا الحال ، أن يعطي الآخرين مايحصل به العدل. ولو رجع ، جاز . وإذا أعطى وعدل ، كره له الرجوع . وكذا لو كان ولداً واحداً ، فوهب له ، كره الرجوع إن كان الولد عفيفاً باراً،فان كان عاقاً أو يستعين بما أعطاه في معصية ، فلينذره بالرجوع . فان أصر ، لم يكره الرجوع .

فرع

في كيفية العدل بين الاولاد في الهبة،وجهان . أصحها : أن يسوِّي بين الذكر والأنثى . والثاني : يعطي الذكر مثل حظ الانثيين .

قلت : وإذا وهبت الأم لأولادها،فهي كالأب في العدل بينهم في كل ما ذكرناه، وكذلك الجد والجدة ، وكذا الابن إذا وهب لوالديه . قال الدارمي : فان فضَّل فليفضِّل الأم. والله أعلم

فصل

للأب الرجوع في هبته لولده . وعن ابن سريج : أنه إنما يرجع إذا قصد بهبته استجلاب برٍّ أو دفع عقوق فلم يحصل ، فان أطلق الهبة ولم يقصد ذلك ، فلا رجوع . والصحيح : الجواز مطلقاً . وأما الأم والأجداد والجدات من جهة الأب والأم ، فالمذهب أنهم كالأب . وفي قول : لا رجوع لهم . وقيل : ترجع الأم . وفي غيرها ، قولان . وقيل : يرجع آباء الأب ، وفي غيرهم قولان . ولا رجوع لغير الأصول كالاخوة والأعمام وغيرهم من الاقارب قطعاً . وسواء في ثبوت الرجوع للوالد كانا متفقين في الدّين، أم لا . ولو وهب لعبد ولده ، رجع. ولو وهب لمكاتب ولده ، فلا . وهبته لمكاتب نفسه كالأجنبي . ولو تنازع رجلان مولوداً ، ووهبا له ، فلا رجوع لواحد منهما . فان ألحق بأحدهما ، فوجهان ، لأن الرجوع لم يكن ثابتاً ابتداءً .

قلت :أصحها:الرجوع،وبه قطع ابن كج،لثبوت بنوَّته في الأحكام. والله أعلم

فرع

حكم الرجوع في الهدية حكمه في الهبة .ولو تصدق على ولده ، فله الرجوع على الأصح المنصوص .قال المتولي :ولو أبرأه من دَين ،بني على أن الابراء إسقاط، أو تمليك ؟إن قلنا : تمليك ، رجع ، وإلا ، فلا .

قلت : ينبغي أن لايرجع على التقديرين. والله أعلم

فرع

وهب لولده،ثم مات الواهب ، وورثه أبوه لكون الولد مخالفاً في الدّين ، فلا رجوع للجد .

فرع

الموهوب ، إما أن لايكون باقياً في سلطنة المتهب ، وإما أن يكون .

القسم الأول : أن لايكون، بأن أتلف،أو زال ملكه عنه ببيع أو غيره ، أو وقفه ، أو أعتقه ، أو كاتبه ، أو استولدها ، أو وهبه وأقبضه ، أو رهنه وأقبضه ، فلا رجوع له ،ولا قيمة أيضاً . وحكى الامام خلافاً ، في أن الرهن هل يمنع الرجوع ،مبنياً على ماسبق من صحة هبة المرهون ؟ فان قلنا : لاتصح ، لم يصح الرجوع،وإلا،توقّفنا . فان فك الرهن،بان صحة الرجوع، وذكر أيضاً تردداً في كتابة العبد بناءً على صحة بيعه . ولا يمتنع الرجوع بالرهن والهبة إذا لم يُقبضا،ولا بالتدبير وتعليق العتق بصفة ، ولا بزراعة الأرض وتزويج الأمة قطعاً،

ولا بالايجار على المذهب ،وبه قطع الأكثرون ، وتبقى الاجارة بحالها كالتزويـج .
وقال الامام : إن صححنا بيـع المستأجَر ، رجـع ، وإلا ، فان جوزنا الرجوع في المرهون وتوقّفنـا ، صـح الرجوع هنا ولا توقف ،بل الرقبة المراجـع ، ويستوفي المستأجر المنفعة إلى انقضاء المدة . وإن منعنا الرجوع في المرهون ، ففي المستأجَر تردد ، وخرّج على هذا ، تردداً فيما إذا أبق العبد الموهوب من يد المتهب ، هل يصح رجوع الواهب ،مع قولنا : لاتصح هبة الآبق،لأن الهبة تمليك مبتدأ ً والرجوع بناء فيسامح فيه ؟ ولو جنى وتعلق الأرش برقبته ، فهو كالمرهون في امتنـاع الرجوع . لكن لو قال : أنا أفديه وأرجـع ، مكّن ، بخلاف ما لو كان مرهونـاً فأراد أن يبذل قيمته ويرجع ،لما فيه من إبطال تصرف المتهب . ولو زال ملك المتهب ثم عاد بارث أو شراءٍ ، ففي عود الرجوع وجهان . وقال الغزالي :قولان .أصحهما : المنع. واحتـج أبو العباس الروياني لهذا الوجه، بأنه لو وهب لابنه ، فوهبه الابن لجده ، فوهبه الجد لابن ابنه الذي وهبه ، فان حق الرجوع للجد الذي حصل منه هذا الملك ، لا للأب ، ولا يبعد أن يثبت القائل الأول الرجوع لهما جميعاً. ولو وهب له عصيراً فصار خمراً ، ثم صار خلاً ً ، فله الرجوع على المذهب . وحـكى بعضهم وجهين في زوال الملك بالتخمّر، ووجهين في عود الرجوع تفريعاً على الزوال .وإذا انفك الرهن أو الكتابة بعجز المكاتب ،ثبت الرجوع على المذهب. ولو حجر على المتهب بالفلس ، فلا رجوع على الأصح كالرهن . وقيل : يرجـع ،لأن حقه سابق، فانه يثبت من حين الهبة .

قلت : ولو حجر عليه بالسفه،ثبت الرجوع قطعاً ،لأنه لم يتعلق به حق غيره ، قاله المتولي وآخرون . والله أعلم

ولو ارتد وقلنا : لايزول ملكه ، ثبت الرجوع . وإن قلنا : يزول ، فلا.فان

عـاد إلى الاسلام ، ثبت الرجوع على المذهب . وقيل : على الخلاف فيما لو زال ملكه ثم عاد . ولو وهب الابن المتهب الموهوبَ لابنه ، أو باعه له أو ورثه منه، فلا رجوع للجد على المذهب .

قلت : ولو وهبه المتهب لأخيه من أبيه ،قال في «البيان» : ينبغي أن لايجوز للأب الرجوع قطعاً ، لأن الواهب لايملك الرجوع ، فالأب أولى . ولايبعد تخريج الخلاف، لأنهم عللوا الرجوع بأنه هبة لمن للجد الرجوع في هبته، وهذا موجود هنا .

والله أعلم

القسم الثاني : أن يكون باقياً في سلطنة المتهب، فان كان بحاله ، أو ناقصاً ، فله الرجوع ، وليس على المتهب أرش النقص ، وإن كان زائـداً ، نظر ، إن كانت الزيادة متصلة ، كالسِّمن وتعلُّم صنعة ، رجـع فيه مع الزيادة . وإن كانت منفصلة كالولد ، والكسب ، رجـع في الأصـل وبقيت الزيادة للمتهب . وإن وهب جارية أو بهيمة حاملاً ، فرجـع قبل الوضع ، رجـع فيها حاملاً . وإن رجع بعد الوضع ، فان قلنا : للحمل حـكم ، رجـع في الولد مـع الأم ، وإلا ، ففي الأم فقط . وإن وهبها حائلاً ورجـع وهي حامل ، فان قلنا : لاحـكم للحمل ، رجع فيهـا حاملاً ، وإلا ، فلا يرجع إلا في الأم ، وهل له الرجوع في الحال ، أم عليه الصبر إلى الوضع ؟ وجهان . ولو وهبه حبّاً فبذره ونبت ، أو بيضاً فصار فرخاً ، فلا رجوع، لأن ماله مستهلك . قال البغوي : هذا إذا ضمّنّا الغاصب بذلك ، وإلا ، فقد وجد عين ماله فيرجع . ولو كان الموهوب ثوباً فصبغه الابن ، رجع في الثوب ، والابن شريك بالصبـغ . ولو قصره ، أو كانت حنطة فطحنها ، أو غزلاً فنسجه ، فان لم تزد قيمته ، رجـع ولا شيء للابن . وإن زادت ، فان قلنا : القصارة عين ، فالابن شريك . وإن قلنا : أثر ، فلا شيء له . ولو كان أرضاً فبنى فيها أو غرس ،

رجع الأب في الأرض ، وليس له قلع البناء والغراس مجاناً ، لكنه يتخير بين الابقاء بأجرة ، أو التملك بالقيمة ، أو القلع . وغرامة النقص كالعاريَّة . ولو طيء الابن الموهوبة، قال ابن القطان : لارجوع وإن لم تحبل ، لأنها حرمت على الأب ، والصحيح : ثبوت الرجوع .

فرع

فيما يحصل به الرجوع

يحصل بقوله : رجعت فيما وهبت ، أو ارتجعت ، أو استرددت المال ، أو رددته إلى ملكي ، أو أبطلت الهبة ، أو نقضتها وما أشبه ذلك ، هكذا أطلقوه . وحكى الروياني في « الجرجانيات » وجهين في أن الرجوع نقض وإبطال للهبة ، أم لا ؟ فعلى الثاني : ينبغي أن لايستعمل لفظ النقض والابطال ، إلا أن يجعل كناية عن المقصود. وذكر الروياني هذا(١) ، أن اللفظ الذي يحصل به الرجوع ، صريح وكناية .فالصريح : رجعت . والكناية تفتقر إلى النية ، كأبطلت الهبة وفسختها . فلو لم يأت بلفظ ، لكن باع الموهوب ، أو وهبه لآخر ، أو وقفه ، فثلاثة أوجه . أصحها : لا يكون رجوعاً . والثاني : رجوع وينفذ التصرف . والثالث : رجوع فلا ينفذ التصرف. ولو أتلف الطعام الموهوب ، أو أعتق العبد ، أو وطيء ، لم يكن رجوعاً على الأصح . والثاني : رجوع . وأشار الامام إلى وجه ثالث : أنه إن أحبلها بالوطء وحصل الاستيلاد ، كان رجوعاً ، وإلا ، فلا . فعلى الأصح : يلزمه بالاتلاف القيمة ويلغو الاعتاق ، وعليه بالوطء مهر المثل ، وباستيلاد القيمة .

قلت : ولا خلاف أن الوطء حرام على الأب وإن قصد به الرجوع ، كذا

(١) في هامش الاصل نسخة : « هنا » بدل « هذا » .

قاله الامام، لاستحالة إباحة الوطء لشخصين ، ولا خلاف أن المتهب يستبيح الوطء قبل الرجوع . لكن إذا جرى وطء الأب الحرام ، هل يتضمن الرجوع ؟ فيه الخلاف. والله أعلم

ولو صبغ الثوب الموهوب ، أو خلط الطعام بطعام نفسه ، لم يكن رجوعاً ، بل هو كما لو فعل الغاصب ذلك .

فرع

الرجوع في الهبة حيث يثبت ، لا يفتقر إلى قضاء القاضي . وإذا رجع ولم يسترد المال ، فهو أمانة في يد الولد ، بخلاف المبيع في يد المشتري بعد فسخ البيع ، لأن المشتري أخذه على حكم الضمان .

فرع

لو اتفق الواهب والمتهب على فسخ الهبة حيث لا رجوع ، فهل ينفسخ كما لو تقايلا ، أم لا كالخلع ؟ فيه وجهان عن « الجرجانيات » .

قلت : لا يصح الرجوع إلا منجزاً . فلو قال : إذا جاء رأس الشهر ، فقد رجعت ، لم يصح . قال المتولي : لأن الفسوخ لا تقبل التعليق. والله أعلم

الطرف الثاني : في الثواب ، قد سبق أن الهبة مقيدة بنفي الثواب ، وإثباته ، ومطلقة ، ومضى الكلام في المقيدة ، وفرعناها على المذهب والذي قطع به الجمهور وهو صحتها . وقيل : إنها باطلة إذا أوجبنا الثواب في المطلقة ، لأنه شرط يخالف مقتضاها .

وأما القسم الثاني : وهي المطلقة ، فينظر ، إن وهب الأعلى الأدنى ، فلا ثواب، وفي عكسه قولان . أظهرهما عند الجمهور : لاثواب . والثاني : يجب الثواب ، فعلى هذا ، هل [هو] قدر قيمة الموهوب ، أم مايرضى به الواهب ، أم ما يعدُّ ثواباً لمثله في العادة ، أم يكفي مايتموَّل ؟ فيه أربعة أوجه . وقيل: أقوال . أصحها : أولها ، والخيار في جنسه إلى المتهب . فعلى الأصح ، لو اختلف قدر القيمة ، فالاعتبار بقيمة يوم القبض على الاصح . وقيل : بيوم بذل الثواب . ثم إن لم يثب ما يصلح ثواباً ، فللواهب الرجوع إن كان الموهوب بحاله .

قلت : قال أصحابنا : ولا يجبر المتهب على الثواب قطعاً . والله أعلم

فان زاد زيادة منفصلة ، رجع فيه دونها . وإن زاد متصلة ، رجع فيه معها على الصحيح . وقيل : للمتهب إمساكه وبذل قيمته بلا زيادة . وإن كان تالفاً ، فوجهان . وقيل : قولان منصوصان في القديم . أصحها : يرجع بقيمته . والثاني: لاشيء له كالاب في هبة ولده . وإن كان ناقصاً ، رجع فيه . وفي تغريمه المتهب أرش النقصان الوجهان . وقيل : له ترك العين والمطالبة بكمال القيمة .

قلت : وإن كانت جارية قد وطئها المتهب ، رجع الواهب فيها ، ولا مهر على المتهب ، لانه وطيء ملكه . والله أعلم

وأما إذا وهب لنظيره ، فالمذهب القطع بأن لاثواب . وقيل: فيه القولان. وعن صاحب « التقريب » طرد القولين في هبة الإعلى للأدنى ، وهو شاذ .

قلت : وحكى صاحب « الابانة » و« البيان » وجهاً أنه إذا وهب لنظيره ونوى الثواب،

استحقه ، وإلا ، فقولان . فان اختلفا في النية ، فأيّهما يقبل قوله ؟ وجهان . والمذهب : أنه لايجب الثواب في جميع الصور . قال المتولي : إذا لم يجب فأعطاه المتهب ثواباً ، كان ذلك ابتداء هبة . حتى لو وهب لابنه فأعطاه الابن ثواباً ، لاينقطع حق الرجوع، ولايجب في الصدقة ثواب بكل حال قطعاً ، صرح به البغوي وغيره ، وهو ظاهر . وأما الهدية ، فالظاهر أنها كالهبة . والله أعلم

وأما القسم الثالث : فالمقيَّدة بالثواب ، وهو إما معلوم ، وإما مجهول. فالحالة الاولى: المعلوم ، فيصح العقد على الاظهر ، ويبطل على قول . فان صححنا ، فهو بيع على الصحيح . وقيل : هبة . فان قلنا : هبة ، لم يثبت الخيار والشفعة ، ولم يلزم قبل القبض . وإن قلنا : بيع ، ثبتت هذه الاحكام . وهل تثبت عقب العقد ، أم عقب القبض ؟ قولان . أظهرهما : الاول . ولو وهبه حلياً بشرط الثواب ، أو مطلقاً وقلنا : الهبة تقتضي الثواب ، فنص في « حرملة » أنه إن أثابه قبل التفرق بجنسه ، اعتبرت المماثلة . وإن أثابه بعد التفرق بعرض ، صح ، وبالنقد لايصح ، لانه صرف، وهذا تفريع على أنه بيع . وفي « التتمة » أنه لابأس بشيء من ذلك ، لانا لم نلحقه بالمعاوضات في اشتراط العلم بالعوض ، وكذا سائر الشروط ، وهذا تفريع على أنه هبة . وحكى الامام الأول عن الاصحاب ، وأبدى الثاني احتمالا . وخرج على الوجهين ما إذا وهب الاب لابنه بثواب معلوم . فان جعلنا العقد بيعاً ، فلا رجوع ، وإلا ، فله الرجوع . وإذا وجد بالثواب عيباً وهو في الذمة ،طالب بسليم . وإن كان معيناً ، رجع إلى عين الموهوب إن كان باقياً ، وإلا ،طالب ببدله. واستبعد الامام مجيء الخلاف أنه بيع أم هبة هنا ،حتى لايرجع على التقدير الثاني وإن طرده بعضهم . وإذا جعلناه هبة ، فكافأه بدون المشروط إلا أنه قريب ، ففي

شرح ابن كج ، وجهان في أنه هل يجبر على القبول لان العادة فيه مسامحة ؟

قلت : والاصح أو الصحيح : لايجبر . والله أعلم

الحالة الثانية : إذا كان الثواب مجهولاً ،فان قلنـا : الهبة لاتقتضي ثواباً ، بطل العقد ، لتعذر تصحيحه بيعاً وهبة ، وإن قلنا : تقتضيه ، صح ، وهو تصريح بمقتضى العقد ، هذا هو المذهب ، وبه قطـع الجمهور . وحكى الغزالي وجهـاً : أنه يبطل بناءً على أن العوض يلحقه بالبيـع .

فرع

نص الشافعي رضي الله عنه ،أنه لو وهب لاثنين بشرط الثواب ، فأثابه أحدهما فقط ، لم يرجـع في حصة المثيب ، وأنه لو أثاب أحدهما عن نفسه وعن صـاحبه ورضي به الواهب ، لم يرجـع الواهب على واحـد منهما . ثم إن أثاب بغير إذن الشريك ، لم يرجع عليه . وإن أثاب باذنه ، رجـع بالنصف إن أثاب مايعتاد ثواباً لمثله . فان زاد ، فمتطوع بالزيادة .

فرع

خرج الموهوب مستحقاً بعد الثواب ،رجـع بما أثاب على الواهب . وإن خرج بعضه مستحقاً ، فله الخيار بين أن يرجع على الواهب بقسطه من الثواب ،وبين أن يردّ الباقي ويرجع بجميع الثواب . وقيل : تبطل الهبة في الكل . وقيل : لايجيء قول الابطال هنا .

فرع

قال : وهبتك ببدل، فقال : بلا بدل، وقلنا : مطلق الهبة لايقتضي ثواباً ، فهل المصدق الواهب ، أم المتهب ؟ وجهان ، وبالاول قطع ابن كج .

قلت : الثاني ، أصح . والله أعلم

فصل

في مسائل تتعلق بالكتاب

هبة منافع الدار ، هل هي إعارة ؟ لها وجهان في « الجرجانيات »، ولا يحصل الملك بالقبض في الهبة الفاسدة . وهل المقبوض بها مضمون كالبيع الفاسد ؟ أم لا، كالهبة الصحيحة ؟ وجهان . ويقال : قولان .

قلت : أصحها: لاضمان، وهو المقطوع به في « النهاية » و « العدة » و« البحر» و « البيان » ،ذكروه في باب التيمم. قال المتولي : وإذا حكمنا بفساد الهبة ، فسلّم المال بعد ذلك هبة ، فان كان يعتقد فساد الأولى ، صحت الثانية ،وإلا ، فوجهان بناءً على من باع مال أبيه على أنه حي فكان ميتاً .

وهذه مسائل متعلقة بالكتاب .

إحداها : قال لرجل: كسوتك هذا الثوب ،ثم قال:لم أرد الهبة ، قال صاحب « العدة » : يقبل قوله،خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه ، لأنه يصلح للعاريَّة ، فلا يكون صريحاً في الهبة .

الثانية : قال : منحتك هذه الدار ، أو الثوب ، فقال : قبلت وأقبضه ، فهو هبة ، قاله في « العدة » .

الثالثة : في فتاوى الغزالي : لو كان في يد ابن الميت عين ، فقال : وهبنيها أبي وأقبضنيها في الصحة ، فأقام باقي الورثة بينة بأن الأب رجع فيما وهب لابنه ، ولم تذكر البينة مارجع فيه ، لاتنتزع من يده بهذه البينة ، لاحتمال أن هذه العين ليست من المرجوع فيه. ويقرب من هـــذا ، لو وهب وأقبض ومات ، فادعى الوارث كون ذلك في المرض ، وادعى المتهب كونه في الصحة ، فالمختار أن القول قول المتهب .

الرابعة : دفع إليه ثوباً بنية الصدقة ، فأخذه المدفوع إليه ظانـّاً أنه وديعة أو عارية ، فرده على الدافع، لايحلّ للدافع قبضه ، لأنه زال ملكه ، فان الاعتبار بنية الدافع . فان قبضه ، لزمه رده إلى المدفوع إليه ، ذكره القاضي حسين .

الخامسة : برّ الوالدين مأمور بـه ، وعقوق كل واحد منهما محرم معدود من الكبائر بنص الحديث الصحيح (١) ، وصلة الرحم مأمور بها، فأما برهما ، فهو الاحسان إليهما ، وفعل الجميل معهما ، وفعل ما يسرّهما من الطاعات لله تعالى وغيرها مما ليس بمنهي عنه ، ويدخل فيه الاحسان إلى صديقهما، ففي « صحيـح مسلم » أن رسول الله ﷺ قال : إن من أبَرّ البرّ ، أن يصل الرجل أهل ودّ أبيه . وأما العقوق ، فهو كل ما أتى به الولد مما يتأذى [به] الوالد أو نحوه تأذياً ليس بالهيّـن، مع أنه ليس بواجب . وقيل : تجب طاعتهما في كل ماليس بحرام ، فتجب طاعتهما في الشبهات .

(١) عن أبي بكرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر » (ثلاثاً) قالوا : بلى يا رسول الله ، قال : « الاشراك بالله ، وعقوق الوالدين » (قال) وجلس وكان متكئاً فقال : « ألا وقول الزور » فما زال يكررها حتى قلنا : ليته سكت . متفق عليه واللفظ للبخاري .

و[قد] حكى الغزالي هذا في « الاحياء » عن كثير من العلماء، أو أكثرهم . وأما صلة الرحم ، ففعلك مع قريبك ما تعدّ به واصلاً غير منافر ومقاطع له ، ويحصل ذلك تارة بالمال ، وتارة بقضاء حاجته أو خدمته أو زيارته. وفي حق الغائب بنحو هذا، وبالمكاتبه وإرسال السلام عليه ونحو ذلك .

السادسة : الوفاء بالوعد ، مستحب استحباباً متأكداً ، ويكره إخلافه كراهة شديدة ، ودلائله من الكتاب والسنة معلومة ، وقد ذكرت في كتاب «الاذكار» فيه باباً ، وبينت فيه اختلاف العلماء في وجوبه. والله أعلم



كتاب اللقطة

فيه بابان .

[الباب] الاول : في أركانها ، وهي ثلاثة .

[الركن] الاول : الالتقاط ، وفيه مسألتان .

[المسألة] الاولى : في وجوب الالتقاط أربعة طرق. أصحها وقول الأكثرين: أنه على قولين . أظهرهما : لايجب كالاستيداع . والثاني : يجب . والطريق الثاني : إن كانت في موضع يغلب على الظن ضياعها، بأن تكون في ممر الفساق والخونة ، وجب الالتقاط، وإلا ، فلا . والثالث : إن كان لايثق بنفسه ، لم يجب قطعاً . وإن غلب على ظنه أمانة نفسه ، ففيه القولان . والرابع : لايجب مطلقاً. فاذا قلنا : لايجب ، فان وثق بنفسه ، ففي الاستحباب وجهان . أصحهما : ثبوته . وإن لم يثق وليس هو في الحال من الفسقة ، لم يستحب له الالتقاط قطعاً . قاله الامام . وحكى عن شيخه في الجواز وجهين. أصحهما : ثبوته، وسواء قلنا بوجوب الالتقاط أو عدمه، فلا يضمن اللقطة بالترك، لانها لم تحصل في يده. هذا حكم الأمين، أما الفاسق ، فقطع الجمهور أنه يكره له الالتقاط . وأما قول الغزالي : إذا علم الخيانة ، حرم الالتقاط ، وقوله في « الوسيط » : الفاسق لايجوز له الاخذ، فمخالف لما أطلقه الجمهور من الكراهة .

المسألة الثانية : في وجوب الاشهاد على اللقطة وجهان . ويقال : قولان . أصحهما : لايجب لكن يستحب . وقيل : لايجب قطعاً . ثم في كيفية الاشهاد ، وجهان . أصحهما عند البغوي : يشهد على أصلها دون صفاتها ، لئلا يتوصل كاذب

إليها . قال البغوي : ويجوز أن يذكر جنسها . والثاني : يشهد على صفاتها أيضاً، حتى لو مات لايتملكها الوارث ، ويشهد الشهود للمالك. وأشار الامـام إلى توسط بين الوجهين، وهو أنه لايستوعب الصفات، بل يذكر بعضها ايكون في الاشهاد فائدة . **قلت** : الاصح ، هذا الذي اختاره الامام .قال الامام : والوجه الاول ساقط، إذ لافائدة فيه . قال : وما ذكرناه من المنع من ذكر تمام الاوصـاف ، لانراه ينتهي إلى التحريم . والله أعلم

الركن الثاني : الملتقط وبناء الكلام فيه على أصل ، وهو أن اللقطة فيها معنى الامانة والولاية والاكتساب ، فالأمانة والولاية أولاً ، والاكتساب آخراً بعد التعريف. وهل المغلَّب الأمانة والولاية لانها ناجزة ، أم الاكتساب لأنه مقصوده ولايستقل الآحاد بالأمانات ؟ فيه وجهان . ويقال : قولان . فاذا اجتمـع في شخص أربـع صفات : الاسلام ، والحرية ، والأمانة والتكليف ، فله أن يلتقط ويعرّف ويتملك، لأنه أهل الأمانة والولاية والاكتساب ، وإلا ، ففيه مسائل .

إحداها : يمكَّن الذمي من الالتقاط في دار الاسلام على الأصح . وقيل : قطعاً، كالاصطياد والاحتطاب ، وربما شرط فيه عدالته في دينه . فان قلنا : ليس له الالتقاط فالتقط ، أخذه الامام منه وحفظه إلى ظهور مالكه . وإن جوزناه ، قال البغوي : هو كالتقاط الفاسق . قال : والمرتد إن قلنا : يزول ملكه ، انتزعت اللقطة منه ، كما لو احتطب ، ينتزع من يده . وإن قلنا : لايزول ، فكالفاسق يلتقط . ولك أن تقول : إن أزلنا ملكه ، فما يحتطبه ينتزع ويكون لأهل الفيء فان كانت اللقطة كذلك ، فقياسه أن يجوز للامام ابتداء الالتقاط لأهل الفيء ولبيت المال ، وأن يجوز للولي الالتقاط للصبي . وإن قلنا : لايزول ملكه ، فهو بالذمي أشبه [منه] من الفاسق ، فليكن كالتقاط الذمي ، وبهذا قطع المتولي .

الثانية : الفاسق أهل للالتقاط على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وهو ظاهر النص . وعن القفال ، تخريجه على الأصل المذكور ، إن غلّبنا الاكتساب ، فنعم ، أو الأمانة ، فلا ، وما يأخذه مغصوب . فعلى المذهب ، هل يقر المال في يده ؟ قولان. أظهرهما : لا ، بل ينتزع منه ويوضع عند عدل . والثاني : نعم ، ويضم إليه عدل يشرف عليه . وعن ابن القطان وجه : أنه لايضم إليه أحد . وسواء قلنا : ينتزع أو يضم إليه مشرف ، ففي التعريف قولان . أظهرهما : لايعتمد وحده ، بل يضم إليه نظر العدل ومراقبته . والثاني : يكفي تعريفه . ثم إذا تم التعريف ، فللملتقط التملك .

الثالثة : التقاط العبد ، وهو على ثلاثة أضرب .

أحدها : التقاط لم يأذن فيه السيد ولا نهى عنه ، وفيه قولان . أظهرهما : لايصح . والثاني : يصح كاحتطابه ويكون الحاصل لسيده . فان قلنا : لايصح التقاطه ، لم يعتدّ بتعريفه . ثم إن لم يعلم السيد التقاطه ، فالمال مضمون في يد العبد، والضمان متعلق برقبته ، سواء أتلفه أو تلف بتفريط أو بغير تفريط ، كالمغصوب . وإن علم ، فله أحوال . أحدها : أن يأخذه من يده . ولهذا مقدّمة ، وهي أن القاضي لو أخذ المغصوب من الغاصب ليحفظه للمالك ، هل يبرأ الغاصب من الضمان ؟ وجهان . أقيسهما : البراءة ، لان يد القاضي نائبة عن يد المالك . فان قلنا : لايبرأ، فللقاضي أخذه منه . وإن قلنا : يبرأ ، فان كان المال معرّضاً للضياع ، والغاصب بحيث لايبعد أن يفلس أو يغيّب وجهه ، فكذلك ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : لايأخذ فانه أنفع المالك . والثاني : يأخذ نظراً لهما جميعاً . وليس لآحاد الناس أخذ المغصوب إذا لم يكن معرضاً للضياع ، ولا الغاصب بحيث تفوت مطالبته ظاهراً. وإن كان كذلك ، فوجهان . أصحهما : المنع ، لأن القاضي هو النائب عن الناس ، ولأنه

قد يؤدي إلى الفتنة . والثاني : الجواز احتساباً ونهياً عن المنكر . فعلى الأول ، لو أخذه ضمنه وكان كغاصب من غاصب . وعلى الثاني : لايضمن ، وبراءة الغاصب على الخلاف السابق ، وأولى بأن لايبرأ . قال الامام : ويجوز أن يقال : إن كان هناك قاضٍ يمكن رفع الأمر إليه ، فلا يجوز ، وإلا ، فيجوز . إذا عرف هذا ،فقال معظم الأصحاب : إذا أخذ السيد اللقطة من العبد كان أخذه التقاطاً ، لان يد العبد إذا لم تكن يد التقاط ، كان الحاصل في يده ضائعاً بعد ، ويسقط الضمان عن العبد لوصوله إلى نائب المالك ، فان كل أهل للالتقاط كأنه نائب عنه . وبمثله قالوا فيما لو أخذه أجنبي ، إلا أن المتولي جعل أخذ الاجنبي على الخلاف فيما لو تعلق صيد بشبكة رجل فأخذه غيره ، واستبعد الامام قولهم : إن أخذَ السيد التقاط ، لأن العبد ضامن بالأخذ . ولو كان أخذ السيد التقاطاً ، لسقط الضمان عنه ، فيتضرر [به] المالك ، وهذا وجه ذكره ابن كج والمتولي ، وحكيا تفريعاً عليه أن السيد ينتزعه من يده ويسلمه إلى الحاكم ليحفظه لمالكه أبداً . وأما الامام فقال : إذا قلنا : إنه ليس بالتقاط ، فأراد أخذه بنفسه وحفظه لمالكه ، فوجهان مرتبان على أخذ الآحاد المغصوبَ للحفظ ، وأولى بالمنع ، لأن السيد ساعٍ لنفسه غير متبرع . ثم يترتب على جواز الاخذ حصول البراءة كما قدمنا . وإن استدعى من الحاكم انتزاعه ، فهذه الصورة أولى بأن يزيل الحاكم فيها اليد العادية . وإذا أزال ، فأولى أن تحصل [البراءة] لتعلق غرض السيد بالبراءة ، وهو غير منسوب إلى عدوان حتى يغلظ عليه .

الحال الثاني : أن يقره في يده ويستحفظه عليه ليعرّفه . فان لم يكن العبد أميناً ، فهو متعد بالاقرار ، وكأنه أخذه منه وردّه إليه . وإن كان أميناً ، جاز ،

كما لو استعان به في تعريف ماالتقطه بنفسه .وذكر الامام في سقوط الضمان وجهين. أصحها عنده : المنع . وقياس كلام الجمهور سقوطه .

الحال الثالث : أن لايأخذه ولا يقره ، بل يهمله ويعرض عنه . فنقل المزني أن الضمان يتعلق برقبة العبد كما كان ، ولا يطالب به السيد في سائر أمواله ، لأنه لاتعدي منه ولا أثر لعلمه ، كما لو رأى عبده يتلف مالاً فلم يمنعه ، ونقل الربيع تعلقه بالعبد وبجميع أموال السيد . وعكس الامام والغزالي ، فنسبا الأول إلى الربيع، والثاني إلى المزني . والصواب المعتمد ، ماسبق . ثم فيها أربعة طرق . أصحها وقول الأكثرين : المسألة على قولين . أظهرهما : تعلقه بالعبد وسائر أموال السيد ،حتى لو هلك العبد ، لايسقط الضمان . ولو أفلس السيد ، قدّم صاحب اللقطة في العبد على سائر الغرماء . ومن قال به ، لم يسلّم عدم وجوب الضمان إذا رأى عبده يتلف مالاً فلم يمنعه . والطريق الثاني : حملُ نقل المزني على ما إذا كان العبد مميزاً ،ونقل الربيع على غير المميز . والثالث : القطع بنقل المزني . والرابع : القطع بنقل الربيع ، وبه قال أبو إسحاق ، وغلطوا المزني في النقل . هذا كله إذا قلنا : لايصح التقاطه. فان قلنا : يصح ، صح تعريفه وليس له بعد التعريف أن يتملكه لنفسه ، وله التملك للسيد باذنه ، ولا يجوز بغير إذنه على المذهب . وقيل : وجهان كاتهابه وشرائه ، فعلى المذهب قيل : لايصح تعريفه بغير إذن سيده . والصحيح صحته كالالتقاط . قال الامام : لكن إن قلنا : انقضاء مدة التعريف توجب الملك ، فيجوز أن يقال : لايصح تعريفه ، ويجوز أن يقال : يصح ولايثبت الملك ، كما لايثبت إذا عرّف من قصد الحفظ . ثم لايخلو ، إما أن يعلم السيد بالالتقاط ، وإما أن لايعلم . فان لم يعلم ، فالمال أمانة في يد العبد ، لكن لو كان معرضاً عن التعريف ، ففي الضمان وجهان كالوجهين في الحر إذا امتنع من التعريف . ولو أتلفه العبد بعد مدة التعريف، أو تملكه لنفسه فهلك عنده ، فهل يتعلق الضمان بذمته كما لو اقترض فاسداً وأتلفه ، أم برقبته كالمغصوب ؟ وجهان . وبالأول قطع الشيخ أبو محمد في « الفروق » .

ولو أتلفه في المدة ، أو تلف بتقصيره ، فالمذهب تعلق الضمان برقبته ، وبه قطع الجمهور ، لأنه خيانة محضة ، إذ لم يدخل وقتُ التملك ، بخلاف مابعد المدة . وقيل : في تعلقه بالرقبة أو الذمة قولان . وإن علم به السيد ، فله أخذه كأكسابه ثم يكون كالتقاطه بنفسه . فان شاء حفظه لمالكه ، وإن شاء عرّف وتملك . فان كان العبد عرّف بعض المدة ، احتسب [به] وبنى عليه . وإن أقره في يده وهو خائن ، ضمن السيد بابقائه في يده. وإن كان أميناً ، جاز ، ثم إن تلف في يده في مدة التعريف ، فلا ضمان . وإن تلف بعدها، فان أذن السيد في التملك فتملَّك ، لم يَخْفَ الحكم ، وإلا ، فوجهان . أصحها : يتعلق الضمان بالسيد ، لاذنه في سبب الضمان ، كما لو أذن له في استيام شيء فأخذه فتلف في يده . والثاني : [لا] كما لو أذن له في الغصب فغصب . فعلى الأول ، يتعلق الضمان أيضاً بذمة العبد ، فيطالب به بعد العتق كما يطالب به السيد في الحالِ ، وعلى الثاني ، يتعلق برقبته كما يتعلق بمال السيد . وإن لم يأذن ، فهل يتعلق الضمان بذمة العبد ، أم برقبته ؟ وجهان . أصحها : الأول ، ولا يتعلق بالسيد قطعاً . فان أتلفه العبد بعد المدة ، فعلى الخلاف السابق .

فرع

قال صاحب « التقريب » : القولان في أصل المسألة ، فيما إذا نوى الالتقاط لنفسه ، فان نوى لسيده ، فيحتمل أن يطرد القولان ، ويحتمل أن يقطع بالصحة. وقال ابن كج : القولان إذا التقط ليدفع إلى سيده . فان قصد نفسه ، فليس له الالتقاط قطعاً ، بل هو متعدٍ ، وحكاه عن أبي إسحاق والقاضي أبي حامد .

الضرب الثاني : التقاط باذن السيد ، بأن يقول : متى وجدتَ لقطة فخذها وائتني بها ، فطريقان . قال ابن أبي هريرة بطرد القولين ، لان الاذن لا يفيده أهلية الولاية .

وقطع غيره بالصحة ، وإليه ميل الامام ، كما لو أذن في قبول الوديعة . ولو أذن له في الاكتساب مطلقاً ، ففي دخول الالتقاط وجهان .

الضرب الثالث : التقاط نهاه عنه السيد ، فقطع الاصطخري بالمنع ، وطرد غيره القولين .

قلت : طريقة الاصطخري أقوى ، ولكن سائر الأصحاب على طرد القولين ،قاله صاحب « المستظهري » . والله أعلم

فرع

إذا التقط ثم أعتقه السيد ، فان صححنا التقاطه ، فهي كسب عبده يأخذها السيد ويعرّفها ويتملكها . فان كان العبد عرّف ، اعتدّ به ، هذا هو المذهب . وقال ابن القطان: هل السيد أحق نظراً إلى وقت الالتقاط، أم العبد نظراً إلى وقت التملك؟ وجهان .وإن لم نصحح التقاطه،قال ابن كج : للسيد حق التملك إذا قلنا : للسيد التملك على هذا القول . وقطع الجمهور بأنه ليس للسيد أخذها . فعلى هذا ، هل للعبد تملكها وكأنه التقط بعد الحرية ، أم يجب أن يسلمها إلى الحاكم لأنه لم يكن أهلاً ؟ وجهان . أصحهما : الأول .

فرع

في التقاط المكاتَب طرق . أحدها : الصحة قطعاً . والثاني : المنع قطعاً ،بخلاف القن ،فان السيد ينتزع منه ،ولا ولاية للسيد على مال المكاتب مع نقصانه . والثالث وهو الأصح عند الجمهور : طرد القولين كالعبد،لكن الاظهر هنا باتفاق الاصحاب،

صحة التقاطه . ثم المذهب أن هذه الطرق في المكاتَب كتابة صحيحة .فأما الفاسدة ، فكالقن قطعاً . وقيل بطود الخلاف في النوعين ، ونقل الامـام عن العراقيين ، تفريعاً على القطع بالصحة ، أن في إبقاء اللقطة في يده قولين كما سبق في الفاسق، وكتبهم ساكتة عن ذلك إلا ما شاء الله تعالى . فان صححنا التقـاط المكاتب ، عرّفها وتملكها ويكون بدلُها في كسبه . وفي تقدم المالك به على الغرماء وجهان في «أمالي» أبي الفرج الزاز . وإذا أعتق في مدة التعريف، أتم التعريف وتملَّك . وإن عاد إلى الرق قبل تمام التعريف ، فالمنقول عن الاصحاب ، أن القاضي يأخذها ويحفظها المالك ، وأنه ليس للسيد أخذها وتملكها ،لان التقاط المكاتب لايقع للسيد، فلا ينصرف إليـه . وقال البغوي : ينبغي أن يجوز له الاخذ والتملك ، لان الالتقاط اكتساب ، وأكساب المـكاتب لسيده عند عجزه . قال : وكذا لو مات المـكاتب أو العبد قبل التعريف ، وجب أن يجوز للسيد التعريف والتملك ، كما أن الحر إذا التقط ومات قبل التعريف ، يعرّف الوارث ويتملك . وإذا لم نصحح التقاطه فالتقط ، صـار ضامناً ، ولا يأخذ السيد اللقطة منه ، بل يأخذهـا القاضي ويحفظها ، هكذا ذكروه . ولك أن تقول : ذكرتم تفريعاً على منع التقاط القن ، أن للأجنبي أخذها ويكون ملتقطاً ، ولم تعتبروا الولاية ، وليس السيد في حق المـكاتب بأدنى حالاً من الأجنبي في القن . ثم إذا أخذها الحاكم برىء المكاتب من الضمان . ثم كيف الحـكم ؟ ذكر الشيخ أبو حامد وغيره : أنه يعرّفهـا ، فاذا انقضت مدة التعريف ، تملكها المـكاتب .والاصح : أنه ليس له التملك ، فان التفريع على فساد الالتقاط ، لكن إذا [أخذها] حفظها إلى أن يظهر مالكها .

فرع

مَن بعضه حر وبعضه رقيق ، هل يصح التقاطه قطعاً ، أم على القولين كالقن؟ فيه طريقان . وقيل : يصح في قدر الحرية قطعاً ، وفي الباقي الطريقان ، وبهذا قطع المتولي ، وأبداه الشاشي احتمالاً .

قلت : المذهب المنصوص ، صحة التقاطه . والله أعلم

فان قلنا : لا يصح ، فهو متعدٍّ بالأخذ ، ضامن بقدر الحرية في ذمته ، ويؤخذ منه إن كان له مال ، وبقدر الرق في رقبته . وهل ينتزع منه ، أم يبقى في يده ويضم إليه مشرف ؟ وجهان حكاهما ابن كج . أصحهما : الانتزاع . وعلى هذا ، هل يسلَّم إلى السيد ، أم يحفظه الحاكم إلى ظهور مالكه؟ وجهان . الصحيح :الثاني . فان سُلِّم إلى السيد ، فعن أبي حفص ابن الوكيل : أن السيد يعرفه ويتملكه . قال ابن كج : ويحتمل عندي أن يكون بينهما بحسب الرق والحرية . أما إذا قلنا : يصح التقاطه ، فان لم يكن بينه وبين السيد مهايأة ، فاللقطة بينهما يعرِّفانها ويتملكانها بحسب الرق والحرية كشخصين التقطا مالاً . وقال ابن الوكيل : يختص بها السيد كلقطة القن ، وليس بشيء . وإن كان بينهما مهايأة ، بني على أن الكسب النادر هل يدخل في المهايأة ؟ وفيه قولان . ويقال: وجهان ذكرناهما في زكاة الفطر . وميل العراقيين والصيدلاني هناك إلى ترجيح عدم الدخول . ثم إنهم مع سائر الاصحاب ، كالمتفقين على ترجيح الدخول هنا ، وهو نصه في « المختصر » . فعلى هذا ، إن وقعت اللقطة في نوبة السيد ، عرَّفها وتملكها . وإن وقعت في نوبة العبد، عرفها وتملك . والاعتبار بوقت الالتقاط ، هذا هو الصحيح المعروف . وأشار

الامام إلى وجه : أن الاعتبار بوقت التملك . وإن قلنا : النادر لايدخل في المهايأة، فهو كما لو لم يكن مهايأة .

قلت : ونقل إمام الحرمين في باب زكاة الفطر اتفاق العلماء على أن أرش الجناية لايدخل في المهايأه ، لأنه يتعلق بالرقبة وهي مشتركة . والله أعلم

فرع

المدبَّر والمعلَّق عتقه بصفة ، وأم الولد ، كالقن في الالتقاط . لكن حيث حكمنا بتعلق الضمان برقبة القن ، ففي أم الولد يجب على السيد ، سواء علم التقاطها ، أم لا ، لأن جنايتها على السيد . وفي « الأم » أنه إن علم سيدها ، فالضمان في ذمته ، وإلا، ففي ذمتها ، وهذا لم يثبته الاصحاب ، وقالوا : هذا سهو من كاتب ، أو غلط من ناقل، وربما حاولوا تأويله .

المسألة الرابعة : التقاط الصبي ، فيه طريقان كالفاسق . والمذهب صحته كاحتطابه واصطياده ، فان صححناه فلم يعلم به الولي وأتلفه الصبي ، ضمن . وإن تلف في يده، فوجهان . أصحهما : لاضمان عليه كما لو أودع مالاً فتلف عنده . وتسليط الشرع له على الالتقاط ، كتسليط المودع . والثاني : يضمن لضعف أهليته ، فانه لايقر في يده . فان علم به الولي ، فينبغي أن ينتزعه من يده ويعرفه . ثم إن رأى المصلحة في تملكه للصبي ، جاز حيث يجوز الاستقراض عليه . وقال ابن الصباغ: عندي يجوز التملك له وإن لم يجز الاقتراض ، لأنه على هذا القول ملحق بالاكتساب .

قلت : هذا الذي قاله ابن الصباغ ، كما هو شذوذ عن الأصحاب ، فهو ضعيف دليلاً، فانه اقتراض . والله أعلم

وإن لم ير التملك له ، حفظه أمانة ، أو سلّمه إلى القاضي . وإذا احتاج التعريف إلى مؤنة ، لم يصرفها من مال الصبي ، بل يرفع الأمر إلى القاضي ليبيع جزءاً من اللقطة لمؤنة التعريف . ويجيء وجه مما سنذكره إن شاء الله تعالى في التقاط الشاة : أنه يبيع بنفسه ولا يحتاج إلى إذن الحاكم . ولو تلفت اللقطة في يد الصبي قبل الانتزاع بغير تفريط ، فلا ضمان . وإن قصر الولي بتركها في يده حتى تلفت ، أو أتلفها ، لزم الوليَّ الضمانُ من مال نفسه ، وشبّهوه بما إذا احتطب الصبي وتركه الولي في يده حتى تلف ، أو أتلفه الصبي ، يجب الضمان على الولي ، لأن عليه حفظ الصبي عن مثله . قال البغوي : ثم يعرف التالف ، وبعد التعريف يتملك للصبي إن كان في التملك مصلحة ، ويشبه أن يكون هذا فيما إذا وُجد قبض من جهة القاضي ليصير المقبوض ملكاً للملتقط ، أو إفراز من جهة الولي إذا قلنا : إن من التقط شاة وأكلها يفرز بنفسه قيمتها من ماله . فأما الضمان في الذمة ، فلا يمكن تملكه للصبي . أما إذا قلنا : لا يصح التقاط الصبي ، فاذا التقط وتلفت في يده أو أتلفها ، وجب الضمان في ماله ، وليس للولي أن يقرّها في يده ، بل يسعى في انتزاعها ؛ فان أمكنه رفع الأمر إلى القاضي ، فعل ، وإن انتزع الحاكم ، ففي براءة الصبي عن الضمان الخلاف المذكور في انتزاع القاضي المغصوبَ من الغاصب ، وأولى بحصول البراءة نظراً للطفل . إن لم يمكنه رفع الامر إلى القاضي ، أخذه بنفسه ، وتبنى براءة الصبي عن الضمان على الخلاف في براءة الغاصب بأخذ الآحاد .

فان لم تحصل البراءة ، ففائدة الأخذ صون عين المال عن التضييع والاتلاف .قال المتولي: وإذا أخذه الولي ،فان أمكنه التسليم إلى القاضي فلم يفعل حتى تلف ، لزمه الضمان، وإلا ،فقرار الضمان على الصبي . وفي كون الولي طريقاً ، وجهان . وهذا إذا أخذ الولي لاعلى قصد الالتقاط . أما إذا قصد ابتداء الالتقاط ، ففيه وجهان ، وليكونا كالخلاف في الأخـذ من العبد على هذا القصد إذا لم نصحـح التقاطه . ولو قصّر الولي وترك المال في يده ، قال المتولي:لاضمان عليه إذا تلف،لأنه لم يحصل في يده، ولا حق للصبي فيه حتى يلزمه حفظـه ، بخلاف ما إذا فرعنا على القول الأول . وخصص الامام هذا الجواب بما إذا قلنـا : إن أخذه لايبرىء الصبي . أما إذا قلنا : يبرىء ، فعليه الضمان لتركه الصبي في ورطة الضمان ، ويجوز أن يضمن . وإن قلنا : إن أخذه لايبرىء الصبي لأن المال في يد الصبي معرّض للضياع ، فحق أن يصونه .

فرع

المجنون كالصبي في الالتقاط ، وكذا المحجور عليه بسفه ، إلا أنه يصح تعريفه، ولايصح تعريف الصبي والمجنون .

الركن الثالث : الشيء الملتقط ، وهو قسمان . مال وغيره ، والمال نوعان ، حيوان وجماد . والحيوان ضربان ، آدمي وغيره . وغيره صنفان .

أحدهما : مايمتنع من صغار السباع بفضل قوته، كالابل والخيل والبغال والحمير ، أو بشدة عدوه كالأرانب والظباء المملوكة ، أو بطيرانه كالحمام ، فان وجدهـا في مفازة ، فالحاكم ونوابه أخذها للحفظ . وفي جواز أخذها للآحاد للحفظ وجهان . أصحهما عند الشيخ أبي حامد والمتولي وغيرهما : جوازه ،وهو المنصوص،لئلا يأخذها

خائن فتضيع . وأما أخذها للتملك ، فلا يجوز لأحد . فمن أخذها للتملك، ضمنها ، ولايبرأ عن الضمان بالرد إلى ذلك الموضع . فان دفعها إلى القاضي ، برىء على الأصح. وإن وجدها في بلدة أو قرية ، أو في موضع قريب منها ، فوجهان أو قولان . أحدهما : لايجوز التقاطها للتملك كالمفازة . وأصحها: جوازه، لأنها في العمارة تضيع بتسلط الخونة . وقيل : يجوز قطعاً . وقيل : لايجوز قطعاً . فان منعنا ، فالتقاطها بقصد التملك كما ذكرنا في التقاطها من الصحراء . وإن جوزناه ، فعلى ما سيأتي في الصنف الثاني إن شاء الله تعالى . هذا كله إذا كان زمان أمن. فأما في زمن النهب والفساد ، فيجوز التقاطها قطعاً . وسواء وجدت في الصحراء أو العمران ، كما سيأتي فيما لايمتنع ، قاله المتولي .

الصنف الثاني : مالايمتنع من صغار السباع ، كالكسير والغنم والعجول والفصلان ، فيجوز التقاطها للتملك، سواء وجدت في المفازة أو العمران . وفي وجه: لايؤخذ ماوجد في العمران . والصحيح المعروف : أنه لا فرق . ثم إذا وجده في المفازة ، فهو بالخيار بين أن يمسكها ويعرّفها ثم يتملكها، وبين أن يبيعها ويحفظ ثمنها ويعرّفها ثم يتملك الثمن ، وبين أن يأكلها إن كانت مأكولة ويغرم قيمتها . والخصلة الأولى أولى من الثانية ، والثانية أولى من الثالثة . وإن وجدها في العمران ، فله الامساك مع التعريف والتملك ، وله البيع والتعريف وتملك الثمن . وفي الأكل قولان . أحدهما : الجواز كالمفازة . وأظهرهما عند الأكثرين : المنع ، لأن البيع في العمران أسهل . هذا إذا كانت مأكولة ، فأما الجحش وصغار مالايؤكل ، فحكمها في الامساك والبيع حكم المأكول. وفي جواز تملكها في الحال ، وجهان . أحدهما : نعم ، كما يجوز أكل المأكول. ولو لم نجوّز ذلك لأعرض عنها الواجدون ولضاعت. وأصحها : لايجوز تملكها حتى تعرّف سنة كغيرها .

ويتفرع على الخصال الثلاث مسائل .

إحداها : إذا أمسكها وتبرع بالانفاق ، فذاك . وإن أراد الرجوع ، فلينفق باذن الحاكم . فان لم يجد حاكماً ،أشهد كما سبق في نظائره .

الثانية : إذا أراد البيع ، فان لم يجد حاكماً ، استقل به. وإن وجده،فالأصح أنه يجب استئذانه . وهل يجوز بيع جزء منها لنفقة باقيها ؟قال الامام : نعم، كما تباع جميعها .وحكى عن شيخه احتمالاً أنه لايجوز،لأنه يؤدي إلى أن تأكل نفسها ،وبهذا قطع أبو الفرج الزاز ، قال : ولايستقرض على المالك أيضاً ،لهذا المعنى ، لكنه يخالف ماسبق في هرب الجمال ونحوه .

قلت : الفرق بينه وبين هرب الجمال ظاهر ، فان هناك لايمكن البيع لتعلق حق المستأجر ، وهنا يمكن ، فلا يجوز الاضرار بالكها من غير ضرورة .

والله أعلم

فرع

متى حصلت الضالة في يد الحاكم ، فان كان هناك حمى ، سرّحها فيه ووسمها بسمة الضوال ، ويَسِم نتاجها أيضاً . وإن لم يمكن ، فالقول في بيع كلها أو بعضها للنفقة على ماسبق ، لكن لو توقّع مجيء المالك في طلبها على قرب ، بأن عرف أنها من نَعَم بني فلان ، تأنّى أياماً كما يراه .

الضرب الثاني : الآدمي ، فاذا وجد رقيقاً مميزاً ، والزمان آمن ، لم يأخذه ، لأنه يستدل على سيده . وإن كان غير مميز أو مميزاً في زمن نهب ، جاز أخذه كسائر الأموال . ثم يجوز تملك العبد والأمة التي لاتحل كالمجوسية والمَحْرَم . وإن كانت ممن تحل ، فعلى قولين كالاستقراض . فان منعناه ، لم يجب التعريف ، كذا ذكره الشيخ أبوحامد . وينفق على الرقيق مدة الحفظ من كسبه ، وما بقي من الكسب

حفظ معه . فان لم يكن كسب ، فعلى ماسبق في الصنف الثاني . وإذا بيع ثم ظهر المالك وقال : كنت أعتقته ، فقولان . أظهرهما : يقبل قوله ويحكم بفساد البيع. والثاني : لا ، كما لو باع بنفسه .

النوع الثاني : الجماد ،وينقسم إلى مايبقى بمعالجة، كالرطب يجفف ، أو بغيرها، كالذهب والفضة والثياب ، وإلى مالا يبقى، كالهريسة،وكل ذلك لقطة يؤخذ ويملك، لكن فيما لايبقى أو يبقى بمعالجة مزيد كلام نذكره في الباب الثاني إن شاء الله تعالى.

القسم الثاني : ماليس بمال،كـكلب يقتنى ، فميل الامام والآخذين عنه ، إلى أنه لايؤخذ إلا على قصد الحفظ أبداً ، لأن الاختصاص به بعوض ممتنع ، وبلا عوض يخالف وضع اللقطة . وقال الأكثرون : يعرّفه سنة ثم يختص وينتفع به ، فان ظهر صاحبه بعد ذلك وقد تلف ، فلا ضمان . وهل عليه أجرة المثل لمنفعة تلك المدة؟ وجهان بناءً على جواز إجارته .

فصل

يشترط في اللقطة ثلاثة شروط غير ماسبق .

أحدها : أن تكون شيئاً ضاع من مالكه لسقوط أو غفلة ونحوها . فأما إذا ألقت الريح ثوباً في حجره ،أو ألقى إليه هارب كيساً ولم يعرف من هو،أو مات مورثه عن ودائع وهو لايعرف ملاّكها،فهو مال ضائع يحفظ ولا يتملك. ولو وجد دفيناً في الأرض ، فالقول في أنه ركاز أو لقطة سبق في الزكاة .

الثاني : أن يوجد في موات ، أو شارع ، أو مسجد. أما إذا وجد في أرض مملوكة ، فقال المتولي : لايؤخذ للتملك بعد التعريف ، بل هو لصاحب اليد في

الأرض ، فان لم يدّعه ، فلمن كانت في يده قبله ، وهكذا إلى أن ينتهي إلى المحيي ، فان لم يدّعه ، حينئذٍ يكون لقطة .

الثالث : أن يكون في دار الاسلام ، أو في دار الحرب وفيها مسلمون . أما إذا لم يكن فيها مسلم ، فما يوجد فيها غنيمة ، خمسها لأهل الخمس ، والباقي للواجد ، ذكره البغوي وغيره .

الباب الثاني
في أحكام الالتقاط الصحيح

وهي أربعة .

[**الحكم**] **الأول** : في الأمانة والضمان ، ويختلف ذلك بقصده . وله أحوال .

أحدها : أن يأخذها ليحفظها أبداً ، فهي أمانة في يده . فلو دفعها إلى الحاكم لزمه القبول . وكذا من أخذ للتملك ثم بدا له ودفعها إلى الحاكم ، لزمه القبول . وهل يجب التعريف إذا قصد الحفظ أبداً ؟ وجهان يأتي بيانهما إن شاء الله تعالى . فان لم يجب ، لم يضمن بتركه . وإذا بدا له قصد التملك ، عرّفها سنة من يومئذ ، ولا يعتدّ بما عرّف من قبل . وإن أوجبناه ، فهو ضامن بالترك . حتى لو بدأ بالتعريف بعد ذلك ، فهلك في سنة التعريف ، ضمن .

الثاني : أن يأخذ بنيّة الخيانة والاستيلاء ، فيكون ضامناً غاصباً . وفي براءته بالدفع إلى الحاكم ، الوجهان في الغاصب ، فلو عرّف بعد ذلك وأراد التملك ، لم يكن له ذلك على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، كالغاصب . وقيل : وجهان ، لوجود صورة الالتقاط .

الثالث : أن يأخذها ليعرّفها سنة ويتملكها بعد السنة ، فهي أمانة في السنة ،

وأما بعد السنة ، فان قلنا : تملك بمضي السنة ، فقد دخلت في ملكه وضمانه، وإلا، فقال الغزالي : تصير مضمونة عليه إذا كان غُرم التملك مطرداً ، ولم يوافقه غيره ، فالأصح ما صرح ابن الصباغ والبغوي : أنها أمانة ما لم يختر التملك قصداً ، أو لفظاً إذا اعتبرناه ، كما قبل الحول ، لكن إذا اختار وقلنا : لابد من التصرف، فحينئذٍ يكون مضموناً عليه كالقرض . وإذا قصد الأمانة ثم قصد الخيانة ، فالأصح أنه لايصير مضموناً عليه بمجرد القصد ، كالمودَع لايضمن بنيّة الخيانة على المذهب . والثاني : يصير ، لأنه لم يسلطه المالك . ومهما صار الملتقط ضامناً في الدوام ، إما بحقيقة الخيانة أو بقصدها ، ثم أقلع وأراد أن يعرّف ويتملك ، فله ذلك على الأصح .

الحال الرابع : أن يأخذ اللقطة ولا يقصد خيانة ولا أمانة ، أو يقصد أحدهما وينساه ، فلا تكون مضمونة عليه وله التملك بشرطه .

الحكم الثاني : التعريف ، فينبغي للملتقط أن يعرف اللقطة ويعرّفها .

أما المعرفة، فيعلم عفاصها، وهو الوعاء من جلد وخرقة وغيرهما، ووكاءها، وهو الخيط الذي تُشدُّ به ، وجنسها ، أذهب أم غيره ؟ ونوعها ، أهرويَّة أم غيرها ؟ وقدرها ، بوزن أو عدد . وإنما يعرف هذه الأمور لئلا تختلط بماله ويستدل بها على صدق طالبها، ويستحب تقييدها بالكتابة .

وأما التعريف ، ففيه مسائل .

إحداها : يجب تعريف اللقطة سنة ، وليس ذلك بمعنى استيعاب السنة ، بل لايعرّف في الليل ، ولا يستوعب الأيام أيضاً ، بل على المعتاد ، فيعرّف في الابتداء في كل يوم مرتين طرفي النهار ، ثم في كل يوم مرة ، ثم في كل أسبوع مرتين أو مرة ، ثم في كل شهر بحيث لاينسى أنه تكرار للأول . وفي وجوب المبادرة بالتعريف على الفور وجهان . الأصح الذي يقتضيه كلام الجمهور : لايجب ، بل المعتبر تعريف سنة متى كان . وهل تكفي سنة مفرّقة بأن يفرّق شهرين مثلاً ويترك شهرين ، وهكذا ؟ فيه وجهان . أحدهما : لا ، وبه قطع الامام ، لأنه لاتظهر فائدة التعريف .

فعلى هذا ، إذا قطع مدة ، وجب الاستئناف . والثاني وبه قطع العراقيون والروياني :نعم .
قلت : هذا الثاني أصح ، ولم يقطع به العراقيون بل صححوه، لأنه عرّف سنة .
والله أعلم

الثانية : ليصف الملتقط بعض أوصاف اللقطة ، فانه أقرب إلى الظَّفَر بالمالك .
وهل هو شرط ، أم مستحب ؟ وجهان . أصحهما : مستحب . فان شرطناه ، فهل يكفي ذكر الجنس بأن يقول: من ضاع منه دراهم ؟قال الامام : عندي أنه لا يكفي ،ولكن يتعرَّض للعفاص والوكاء ومكان الالتقاط وزمنه ، ولا يستوعب الصفات ولا يبالغ فيها لئلا يعتمدها الكاذب . فان بالغ ، ففي مصيره ضامناً وجهان ، لأنه لا يلزمه الدفع إلا ببينة ، لكن قد يرفعه إلى حاكم يلزمه الدفع بالوصف .
قلت : أصحهما : الضمان . والله أعلم

الثالثة : إن تبرع الملتقط بالتعريف ، أو بذل مؤنته ،فذاك ، وإلا ، فان أخذها للحفظ أبداً ، فان قلنا : لا يجب التعريف والحالة هذه ، فهو متبرع إن عرّف.
وإن قلنا : يجب ، فليس عليه مؤنته ، بل يرفع الأمر إلى القاضي ليبذل أجرته من بيت المال ، أو يقترض على المالك ، أو يأمر الملتقط به ليرجع كما في هرب الجمّال . وإن أخذها للتملك واتصل الأمر بالتملك ، فمؤنة التعريف على الملتقط قطعاً . وإن ظهر مالكها ، فهل هي على الملتقط لقصده التملك ، أم على المالك لعود الفائدة إليه ؟ فيه وجهان . أصحهما : أولهما . ولو قصد الأمانة أولاً ، ثم قصد التملك ، ففيه الوجهان .

الرابعة : ما ذكرناه من وجوب التعريف ، هو فيما إذا قصد التملك، أما إذا قصد الحفظ أبداً ،ففي وجوبه وجهان. أصحهما عند الامام والغزالي : وجوبه، لئلا يكون كتماناً مفوّتاً للحق على صاحبه . والثاني وبه قطع الأكثرون : لايجب ، قالوا : لأن التعريف إنما يجب لتخصيص[1] شرط التملك .

قلت : الأول أقوى ، وهو المختار . والله أعلم

الخامسة : ليكن التعريف في الأسواق ومجامع الناس وأبواب المساجد عند خروج الناس من الجماعات ، ولايعرّف في المساجد ، كما لاتُطلب اللقطة فيها ، قال الشاشي في « المعتمد » : إلا أن الأصح جواز التعريف في المسجد الحرام ، بخلاف سائر المساجد . ثم إذا التقط في بلدة أو قرية ، فلا بد من التعريف فيها ، وليكن أكثر تعريفه في البقعة التي وجد فيها ، لأن طلب الشيء في موضع ضياعه أكثر . فان حضره سفر ، فوّض التعريف إلى غيره ، ولا يسافر بها . وإن التقط في الصحراء ، فمن أبي إسحاق : أنه إن اجتازت به قافلة ، تبعهم وعرّف ، وإلا ، فلا فائدة في التعريف في المواضع الخالية ، ولكن يعرّف في البلدة التي يقصدها قربت أم بعدت . وإن بدا له الرجوع ، أو قصد بلدة أخرى ، عرّف فيها ولا يكلّف أن يغيّر قصده ، ويعدل إلى أقرب البلاد إلى ذلك الموضع ، حكاه الامام وتابعه الغزالي . ولكن ذكر المتولي وغيره : أنه يعرف في أقرب البلاد إليه ، وهذا إن أراد به الأفضل فذاك ، وإلا ، فيحصل في المسألة الوجهان .

قلت : الأصح : أنه لايكلّف العدول . والله أعلم

---

(١) في نسخة الظاهرية : لتحقيق .

فرع

ليس الملتقط تسليم المال إلى غيره ليعرّفه إلا باذن الحاكم ، فان فعل ، ضمن ، ذكره ابن كج وغيره .

فرع

يشترط كون المعرّف عاقلاً غير مشهور بالخلاعة والمجون ، وإلا ، فلا يعتمد قوله ، ولا تحصل فائدة التعريف .

فصــل

إنما يجب تعريف اللقطة إذا جمعت وصفين ، أحدهمـا : كون الملتقَط كثيراً . فان كان قليلاً، نُظر، إن انتهت قِلّته إلى حدٍّ يُسقط تموّله كحبة الحنطة والزبيبة ، فلا تعريف،ولواجده الاستبداد به.وإن كان متموّلاً مع قلته ، وجب تعريفه،وفي قدر تعريفه وجهان . أصحها عند العراقيين : [سنة] كالكثير . وأشبهها باختيار معظم الأصحاب: لايجب سنة . فعلى هذا أوجه . أحدهـــا : يكفي مرة . والثاني : ثلاثة أيام . وأصحهـا : مدة يظن في مثلها طلب فاقده له ، فاذا غلب على الظن إعراضه ، سقط ،ويختلف ذلك باختلاف المال ، قال الروياني: فدانق الفضة يعرّف في الحال، ودانق الذهب يعرّف يوماً ، أو يومين ، أو ثلاثة. وأما الفرق بين القليل والمتموّل والكثير ، ففيه أوجه . أصحها: لايتقدّر ، بل ماغلب على الظن أن فاقده لايكثر أسفه عليه ولايطول طلبه له غالباً ، فقليل ، قاله الشيخ أبومحمد وغيره ، وصححه

الغزالي والمتولي . والثاني : القليل : مادون نصاب السرقة . والثالث : الدينار قليل. والرابع : ما دون الدرهم قليل ، والدرهم كثير .

فرع

قال المتولي : يحل التقاط السنابل وقت الحصاد إن أذن فيه المالك ، أو كان قدراً لايشق عليه أن يُلتَقط وان كان يلتقط بنفسه لو اطلع عليه ، وإلا ، فلا يحل .

الوصف الثاني : أن يكون شيئاً لايفسد . أما مايفسد ، فضربان .

أحدهما : أن لايمكن إبقاؤه كالهريسة ، والرطب الذي لايتتمر ، والبقول . فان وجده في بريَّة ، فهو بالخيار بين أن يبيعه ويأخذ ثمنه ، وبين أن يتملكه في الحال فيأكله ويغرم قيمته . وإن وجده في بلدة أو قرية ، فطريقان .

أحدهما : على قولين . أحدهما : ليس له الأكل، بل يبيعه ويأخذ ثمنه لمالكه، لأن البيع متيسّر في العمران . والثاني وهو المشهور: أنه كما لو وجد في بريَّة .

والطريق الثاني : القطع بالمشهور . فاذا لم نجوّز الأكل فأخذ الأكل ، كان غاصباً. وإذا جوزناه فأكل ، ففي وجوب التعريف بعده وجهان . أصحها : الوجوب إن كان في البلد ، كما أنه إذا باع يعرّف . وإن كان في الصحراء ، قال الامام : فالظاهر أنه لايجب، لأنه لافائدة فيه . وهل يجب إفراز القيمة المغرومة من ماله ؟ وجهان . ويقال : قولان . أصحها : لا ، لأن ما في الذمة لايخشى هلاكه ، وإذا أفرز [كان المفرز] أمانة . والثاني : يجب احتياطاً لصاحب المال ليقدّم بالمفرز لو أفلس الملتقط . وعلى هذا ، فالطريق أنه يرفع الأمر إلى الحاكم ليقبض عن صاحب المال . فان لم يجد حاكماً ، فهل الملتقط بسلطان الالتقاط أن يستنيب عنه ؟ فيه احتمال

عند الامام . وذكر الامام والغزالي ، أنه إذا أفرزها ، لم تصر ملكاً لصاحب المال ، بل هو أولى بتملكها . ولو كان كما قالا، لم يسقط حقه بهلاك المفرز . وقد نصوا على السقوط ، ونصوا أيضاً على أنه لو مضت مدة التعريف ، فله أن يتملك المفرَز كما يتملك نفس اللقطة ، وكما يتملك الثمن إذا باع الطعام ، وهذا يقتضي صيرورة المفرز ملكاً لصاحب اللقطة . ولو اختلفت قيمة يومي الأخذ والأكل ، ففي بعض الشروح أنه إن أخذ الأكل اعتبرت قيمة يوم الأخذ . وإن أخذ للتعريف ،اعتبرت قيمة يوم الأكل . وإذا اختار البيع ، ففي الحاجة إلى إذن الحاكم ماسبق في بيع الشاة . وإذا باع أو أكل ، عرّف المبيع والمأكول باتفاق الاصحاب ، لا الثمن والقيمة، سواء أفرزها ، أم لا .

الضرب الثاني : مايمكن إبقاؤه بالمعالجة والتجفيف . فان كان الحظ لصاحبه في بيعه رطباً ، بيع ، وإلا ، فان تبرع الملتقط بالتجفيف ،فذاك ، وإلا ، بيع بعضه وأنفق على تجفيف الباقي .

الحكم الثالث : التملك ، فيجوز تملك اللقطة بعد التعريف ، سواء كان الملتقط غنياً أو فقيراً ، ومتى تملك ؟ فيه أوجه . أصحها : لاتملك إلا بلفظ ، كقوله : تملكت ونحوه . والثاني : لاتملك مالم يتصرف . وعلى هذا ، يشبه أن يجيء الخلاف المذكور في القرض ، في أن الملك بأي نوع من التصرف يحصل . والثالث : يكفيه تجديد قصد التملك بعد التعريف ، ولايشترط لفظ . والرابع : تملك بمجرد مضي السنة .

فرع

في لقطة مكة وحرمها وجهان . الصحيح : أنه لايجوز أخذها للتملك ، وإنما تؤخذ للحفظ أبداً . والثاني : أنها كلقطة سائر البقاع . قال هذا القائل : والمراد

بقول النبي ﷺ : « لاتحل لقطتها إلا لمنشد »(١) أنه لابد من تعريفها سنة كغيرها، لئلا يتوهم أن تعريفها في الموسم كافٍ لكثرة الناس وبُعد العَود في طلبها من الآفاق.

قلت : قال أصحابنا : ويلزم الملتقط بها الاقامة للتعريف ، أو دفعها إلى الحاكم، فلا يجيء هنا الخلاف السابق فيمن التقط للحفظ ، هل يلزمه التعريف ؟ بل يجزم هنا بوجوبه ،للحديث . والله أعلم

الحكم الرابع : رد عينها أو بدلها عند ظهور مالكها . فاذا جاء من يدّعيها، فان لم يقم بينة أنها له ، ولم يصفها ، لم تدفع إليه ، إلا أن يعلم الملتقط أنها له ، فيلزم الدفع إليه . وإن أقام بينة ، دفعت إليه . وإن وصفها ، نظر ، إن لم يظن الملتقط صدقه ، لم يدفع إليه على المذهب والمعروف . وحكى الامام تردداً في جواز الدفع . وإن ظن صدقه ، جاز الدفع إليه ، ولايجب على المذهب ، وبه قطع الجمهور . ونقل الامام في وجوبه وجهين . فعلى المذهب ، لو قال الواصف : يلزمك تسليمها إليّ ، فله أن يحلف أنه لايلزمه . ولو قال : تعلم أنها ملكي ، فله أن يحلف أنه لايعلم . ولو أقام الواصف شاهداً ، فالمذهب أنه لايجب الدفع ، واختار الغزالي وجوبه. وإذا دفعها إلى الواصف بوصفه ، فأقام غيره بينة أنها له ، فان كانت باقية ، انتزعت منه ودفعت إلى الثاني . وإن تلفت عنده ، فهو بالخيار بين أن يضمّن الملتقط أو الواصف . فان ضمّن الواصف ، لم يرجع على الملتقط . وإن ضمّن الملتقط ، رجع على الواصف إن لم يقر بالملك للواصف . وإن أقر،لم يرجع ،مؤاخذة له. هذا إذا دفع بنفسه . أما إذا ألزمه الحاكم الدفع إلى الواصف ، فليس لصاحب البينة تضمينه .

---

(١) وهو جزء من حديث طويل ، وذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم لما فتح مكة قال : « لا ينفر صيدها ، ولا يختلى شوكها ، ولا تحل ساقطها إلا لمنشد » فقال العباس : الا الاذخر فانا نجعله لقبورنا وبيوتنا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إلا الاذخر » ، متفق عليه.

وفي رواية لهما : « ولا يلتقط لقطته إلا من عرفها ».

فرع

لو جاء الواصف بعد أن تملك الملتقط اللقطة وأتلفها ،فغرمها الملتقط لظنه صدقه ، فأقام آخر بينة بها ، طالب الملتقط دون الواصف ، لأن الحاصل عند الواصف مال الملتقط ، لا ماله . وإذا غرم الملتقط ، هل يرجع على الواصف ؟ ينظر ، هل أقر له بالملك أم لا كما سبق .

فرع

أقام مدَّعي اللقطة شاهدين عدلين عنده وعند الملتقط ، وهما فاسقان عند القاضي ، لم يُلزمه القاضي الدفع على الصحيح . وقيل : يلزمه ، لاعترافه بعدالتهما .

فرع

[إذا] ادعاها اثنان ، وأقام كل واحد بينة أنها له ، ففيه أقوال التعارض .

فصل

إذا ظهر المالك قبل تملك الملتقط ، أخذ اللقطة بزوائدها المتصلة والمنفصلة . وإن ظهر بعد التملك ، فللقطة حالان . أحدهما : أن تكون باقية عنده ، فينظر ، إن بقيت بحالها ، فوجهان . أصحها : له أخذها ، وليس الملتقط أن يلزمه أخذ بدلها . والثاني : المنع ، فلا شك أنه لو ردها الملتقط لزم المالك القبول ، فعلى الاصح :

لو باعها الملتقط فجاء المالك في مدة الخيار ، فهل له فسخ البيع ؟ وجهان حكاهما الشاشي ، ووجَّه المنع بأن الفسخ حق للعاقد ، فلا يتمكَّن منه غيره بغير إذنه . وجعل ابن كج الوجهين في أنه يجبر الملتقط على الفسخ ، ويجوز فرض الوجهين في الانفساخ . فان زادت ، فالمتصلة تتبعها ، والمنفصله تسلَّم للملتقط ، ويرد الاصل. وإن نقصت بعيب ونحوه وقلنا : لو بقيت بحالها لم يكن للمالك أخذها قهراً ، رجع إلى بدلها سليمة . وإن قلنا : له أخذها قهراً،فكذا هنا ، ويغرمه الأرش،لأن الكل مضمون عليه . وقيل : لا أرش عليه ، وبه قطع البغوي . ولو أراد بدلها ، وقال الملتقط :أضم إليها الأرش وأردُّها ، أجيب الملتقط على الأصح . والثاني : يجاب المالك،فله الخيار بين البدل أو العين الناقصة مع الأرش أو دونه كما سبق .

الحالة الثانية : أن تكون تالفة ، فعليه بدلها : المثل ، أو القيمة . والاعتبار بقيمة يوم التملك . وقال الكرابيسي من أصحابنا : لايطالب بالقيمة ، ولا برد العين عند بقائها . والصحيح المعروف هو الأول . وعلى هذا ، فالضمان ثابت في ذمته من يوم التلف . وعن أبي إسحاق المروزي : أنه لايثبت ، وإنما يتوجه عند مجيء المالك وطلبه .

فصل

في مسائل تتعلق بالكتاب

إحداها : وجد رجلان لقطة ،يعرّفانها ، ويتملَّكانها ، وليس لأحدهما نقل حقه إلى صاحبه ، كما لايجوز للملتقط نقل حقه إلى غيره .

الثانية : تنازعا ، فأقام كل واحد بينة أنه الملتقط ، فان تعرَّضت بينة لسبق ، حكم بها ، وإلا ، فعلى الخلاف في تعارض البينتين .

الثالثة : ضاعت من يد الملتقط، فأخذها آخر ، فالأول أحق بها على الأصح. وقيل : الثاني .

الرابعة : كانا يتماشيان، فرأى أحدهما اللقطة ،وأخبر بها الآخر،فالآخذ أولى. فلو أراه اللقطة وقال : هاتها ، فأخذها لنفسه ، فهي للآخذ . وإن أخذها للآمر ، أو له ولنفسه ، فعلى القولين في جواز التوكيل بالاصطياد ونحوه .

الخامسة : رأى شيئاً مطروحاً على الارض ،فدفعه برجله ليعرف جنسه أو قدره ولم يأخذه حتى ضاع ، لم يضمنه ،لانه لم يحصل في يده ، قاله المتولي .

السادسة : دفع اللقطة إلى الحاكم وترك التعريف والتملك ، ثم ندم وأراد أن يعرّف ويتملك ، ففي تمكينه وجهان حكاهما ابن كج .

قلت : المختار المنع ، لانه أسقط حقه . والله أعلم

السابعة : قال في « المهذب » : لو وجد خمراً أراقها صاحبها ، لم يلزمه تعريفها، لان إراقتها مستحقة . فان صارت عنده خلاً ، فوجهان . أحدهما : أنها للمريق ، كما لو غصبها فصارت خلاً . والثاني : للواجد ، لانه أسقط حقه ، بخلاف الغصب ، وهذا الذي ذكره تصويراً وتوجيهاً ، إنما يستمر في الخمرة المحترمة ،وحينئذ لا تكون إراقتها مستحقة . أما في الابتداء ، فظاهر . وأما عند الواجد ، فينبغي أن يجوز إمساكها إذا خلا عن قصد فاسد ، ثم يشبه أن يكون ما ذكره مخصوصاً بما إذا أراقها ، لأنه معرض . أما إذا ضاعت المحترمة من صاحبها ، فلتعرّف كالكلب .

قلت : أما قول الامام الرافعي : يشبه أن يكون ... إلى آخره ، فكذا صرح به صاحب « المهذب » فقال : وجد خمراً أراقها صاحبها. وأما قوله : إن الواجد يجوز له إمساكها ،

فغير مقبول ، بل لايجوز وإن خلا عن القصد الفاسد . والكلام فيما إذا لم يعلم الواجد أنها محترمة ، وحينئذٍ فقول صاحب « المهذب » : الاراقة واجبة - يعني على الواجد - كلام صحيح ، لان الظاهر عدم احترامها . والله أعلم

الثامنة : قد سبق أن البعير وما في معناه ، لايلتقط إذا وُجد في الصحراء ، واستثنى صاحب « التلخيص » ما إذا وجد بعيراً في أيام منى مقلَّداً في الصحراء تقليد الهدايا ، فحكى عن نص الشافعي رضي الله عنه : أنه يأخذه ويعرّفه أيام منى . فان خاف فوت وقت النحر ، نحره ، والمستحب أن يرفعه إلى الحاكم حتى يأمره بنحره . وحكى غيره قولاً أنه لايجوز أخذه . وبنوا القولين على القولين فيمن وجد بدنة منحورة قد غمس نعلها في دمها وضرب به صفحتها ، هل يجوز الاكل منها ؟ فان منعناه ، منعنا الاخذ هنا . وإن جوزناه اعتماداً على العلامة ، فكذا هنا التقليد علامة . والاضحية المعيَّنة إذا ذبحت في وقت النحر ، وقعت الموقع وإن لم يأذن صاحبها ، قال الامام : لكن ذبح الاضحية إن وقع الموقع ، لايجوز الاقدام عليه من غير إذن ، ولهذا الاشكال قال القفال تفريعاً على [هذا] القول : يجب رفع الامر إلى القاضي لينحره ، وأوّل قول الشافعي رضي الله عنه: استحب . ثم لك أن تقول : الاستثناء غير منتظم وإن جوزنا الاخذ ، لان الاخذ الممنوع إنما هو الاخذ للتملك ، ولا شك أن هذا البعير لايؤخذ للتملك . **قلت** : قد سبق في جواز أخذ البعير لآحاد الناس للحفظ وجهان. فان منعناه ، ظهر الاستثناء . وإن جوزناه وهو الاصح ، ففائدة الاستثناء جواز التصرف فيه بالنحر. والله أعلم

كتاب اللَّقيط

يقال للصبي الملقى الضائع : لقيط ، وملقوط ، ومنبوذ ، وفيه بابان .

[الباب] **الاول** : في أركان الالتقاط الشرعي وأحكامه . أما الاركان ، فثلاثة .

أحدها : نفس الالتقاط ، وهو فرض كفاية . ومن أخذ لقيطاً ، لزمه الاشهاد عليه على المذهب لئلا يضيع نسبه . وقيل : في وجوبه قولان أو وجهان كاللقطة. وقيل : إن كان ظاهرَ العدالة ، لم يلزمه . وإن كان مستورها ، لزمه. فان أوجبنا الاشهاد فتركه ، قال في « الوسيط »: لاتثبت ولاية الحضانة ، ويجوز الانتزاع، وهذا يشعر باختصاص الاشهاد الواجب بابتداء الالتقاط . وإذا أشهد، فليشهد على اللقيط ومامعه ، نص عليه .

الركن الثاني : اللقيط، وهو كل صبي ضائع لا كافل له ، فيخرج بقيد الصبيّ البالغُ ، لانه مستغن عن الحضانة والتعهد ، فلا معنى للالتقاط . لكن لو وقع في معرض هلاك ، أُعين ليتخلص . وفي الصبي الذي بلغ سن التمييز تردد للامام ، والاوفق لكلام الاصحاب : أنه يلتقط ، لحاجته إلى التعهد. والمراد بالضائع: المنبوذ. وأما غير المنبوذ ، فان لم يكن له أب ولا جد ولا وصي ، فحفظه من وظيفة القاضي ، فيسلمه إلى من يقوم به، لانه كان له كافل معلوم ، فاذا فُقد ، قام القاضي مقامه . وقولنا : لا كافل له ، المراد بالكافل :الاب والجد ومن يقوم مقامهما . والملتقَط ممن هو في حضانة أحد هؤلاء، لامعنى لالتقاطه ، إلا أنه لو حصل في مضيعة أخذ ليُرَدَّ إلى حاضنه .

قلت : معناه : يجب أخذه لردّه إلى حاضنه . والله أعلم

الركن الثالث : الملتقط ، ويشترط فيه أمور .

أحدها : التكليف ، فلايصح التقاط الصبي والمجنون .

الثاني : الحرية ، فالعبد إذا التقط يُنتزع منه إن لم يأذن سيده . وإن أذن أو علم به فأقره في يده ، جاز وكان السيد هو الملتقط ،وهو نائبه في الاخذ والتربية ، والمكاتب إذا التقط بغير إذن السيد ، انتزع منه أيضاً . وإن التقط بإذنه ، ففيه الخلاف في تبرعاته بالاذن ، لكن المذهب الانتزاع،لان في الالتقاط ولاية وليس هو [من] أهلها . فان قال له السيد : التقط لي صغيراً ، فالسيد هو الملتقط . ومَن بعضه حر إذا التقط في يومه ، هل يستحق كفالته ؟ وجهان حكاهما في « المعتمد» .

الثالث : الاسلام ، فالكافر يلتقط الطفل الكافر دون المسلم لأنه أولى به [1]،والمسلم التقاط الصبي المحكوم بكفره .

الرابع : العدالة ، فليس للفاسق الالتقاط . ولو التقط ، انتزع منه ، وأما من ظاهر حاله الامانة ، إلا أنه لم يختبر ، فلا ينتزع من يده ، لكن يوكل القاضي بهمن يراقبه بحيث لايعلم لئلا يتأذى . فاذا وثق به ، صار كمعلوم العدالة . وقبل ذلك لو أراد المسافرة به ، منع وانتزع منه ، لانه لايؤمن أن يسترقّه .

الخامس : الرشد ، فالمبذر المحجور عليه ، لايقر اللقيط في يده .

فرع

لايشترط في الملتقط الذكورة قطعاً ، ولا الغنى . وقيل : لايقر في يد الفقير ، والصحيح الأول .

---

(١) في نسخة الظاهرية : لانه ولاية .

فصـــل

إذا ازدحم اثنان على لقيط ، نظر ، إن ازدحما قبل الأخذ ، وطلب كل واحد أخذه وحضانته ، جعله الحاكم في يد من رآه منهما أو من غيرهمـا ، إذ لا حق لهما قبل الأخذ . وإن ازدحما بعد الأخذ ، فان لم يكن أحدهما أهلاً للالتقاط ، سلّم اللقيط إلى الآخر . وإن كانا أهلين ، قدّم أسبقهما بالالتقـاط . وهل يثبت السبق بالوقوف على رأسه بغير أخذ ؟ وجهان . أصحهما : لا . وإن لم يسبق واحد منهما، فقد يختص أحدهما بصفة تقدّمه ، وقد يستويان ، والصفات المقدّمة أربـع .

إحداها : الغنى ، فاذا كان أحدهما غنياً والآخر فقيراً ، فقيل : يستويان . والأصح تقديم الغني . وعلى هذا لو تفاوتا في الغنى ، فهل يقدّم أكثرهما مالاً ؟ وجهان .

قلت : الأصح لايقدم . والله أعلم

الثانية : البلد ، فلو كان أحدهما بلدياً والآخر قروياً أو بدوياً ، ففيه كلام نذكره إن شاء الله تعالى في فصل الأحكام .

الثالثة : من ظهرت عدالته بالاختبار ، يقدّم على المستور على الأصح .

الرابعة : الحر أولى من المـكاتب وإن التقط باذن سيده . كان أحدهما عبداً التقط باذن سيده ، فالاعتبار بالسيد والآخر ، ولا تقدّم المرأة على الرجل ، بخلاف الأم في الحضانة ، لان شفقتها أكمل ، ويتساوى المسلم والذمي في اللقيط المحكوم بكفره ، وقيل : يقـدّم المسلم ، وقيل : الذمي ، والاول أصح . وإذا استويا في الصفات وتشاحّا ، أقرع بينهما على الصحيح المنصوص وقول الجمهور . وقال ابن خيران: يقدّم الحاكم من رآه منهما أصلح للقيط ، فان استويا أو تحيّر ، أقرع . قال الاصحاب: ولا يخيّر الصبي بينهما ، وإن كان ابن سبـع سنين فأكثر ، بخلاف تخييره بين

الابوين، لان هناك يعوَّل على الميل بسبب الولادة . وقال الامام : يحتمل أن يخيَّر ويقدَّم اختياره على القرعة ، وإذا خرجت القرعة لاحدهما ، فترك حقه للآخر ،لم يجز، كما ليس للمنفرد نقل حقه إلى غيره . ولو ترك حقه قبل القرعة ، فوجهان .أصحهما: ينفرد به الآخر كالشفيعين . والثاني : لا ، بل يرفع الامر إلى الحاكم حتى يقره في يد الآخر إن رآه ، وله أن يختار أميناً آخر فيقرع بينه وبين الآخر . وقال الامام تفريعاً على الثاني : إن التارك لايتركه الحاكم ، بل يقرع بينه وبين صاحبه . فان خرج عليه ، ألزمه القيام بحضانته بناءً على أن المنفرد إذا شرع في الالتقاط ، لايجوز له الترك ، وسيأتي إن شاء الله تعالى .

فصل

وأما أحكام الالتقاط .

فمنها : أن الذي يلزم الملتقط حفظُ اللقيط ورعايته . فأما نفقته ، فلا تلزمه ، وسيأتي بيان محلها إن شاء الله تعالى . فان عجز عن الحفظ لأمر عرض ، سلَّمه إلى القاضي ، وإن تبرَّم به مع القدرة ، فوجهان بناءً على أن الشروع في فرض الكفاية هل يلزم الاتمام ويصير الشارع متعيناً ؟ وموضع ذكره كتاب السِّيَر ، والاصح هنا : أن له التسليم إلى القاضي ، واختاره ابن كج ، ولا خلاف أنه يحرم عليه نبذه ورده إلى ما كان . واعلم أنهم يستعملون في هذا الباب لفظ الحضانة ، والمراد منه الحفظ والتربية ، لا الاعمال المفصَّلة في الاجارة ، لان فيها مشقة ومؤنة كثيرة ، فكيف تلزم من لاتلزمه النفقة ؟ وقد أوضحه البغوي فقال : نفقة اللقيط وحضانته في ماله إن كان له مال ، ووظيفة الملتقط حفظه وحفظ ماله .

فرع

الملتقط البلدي ، إذا وجد لقيطاً في بلدته ، أقر في يده ، وليس له نقله إلى البادية إن أراد الانتقال [إليها]، بل ينتزع منه لمعنيين . أحدهما : أن عيش البادية خشن ، ويفوته العلم بالدّين والصنعة . والثاني : تعريض نسبه للضياع . فلو كان الموضع المنتقل إليه من البادية في بياض البلدة يسهل عليه تحصيل ما يراد منها ، فعلى المعنى الاول : لايمنع . وعلى الثاني : إن كان أهل البلد يختلطون بهم ، فكذلك ، وإلا ، منع. وكما ليس له نقله إلى البادية ، فليس له نقله إلى قرية . ولو أراد نقله إلى بلدة أخرى، أو التقطه غريب في تلك البلدة وأراد نقله إلى بلدته ، فعلى المعنى الاول: لايمنع ، وعلى الثاني : يُمنع وينتزع اللقيط منه. والاول هو المنصوص، وبه قال الجمهور. قال المتولي: ولا فرق بين سفر النقلة والتجارة والزيارة . ولو وجد القروي لقيطاً في قريته أو قرية أخرى أو [في] بلدة ، يقاس بما ذكرناه في البلدي. ولو وجد الحضري اللقيط في بادية ، نظر، إن كان في مهلكة ، فلا بد من نقله ، وللملتقط أن يذهب به إلى مقصده . ومن قال في اللقطة : يعرفها في أقرب البلاد ، يشبه أن يقول : لايذهب به إلى مقصده رعاية للنسب . وإن كان في حِلّة[1] أو قبيلة ، فله نقله إلى البلدة والقرية على المذهب، وبه قطع الجمهور . وعن القاضي حسين: أنه على وجهين بناءً على المعنيين . ولو أقام هناك ، أقر في يده قطعاً . أما البدوي ، فاذا التقط في قرية أو بلدة وأراد المقام بها أقر في يده . وإن أراد نقله إلى البادية أو قرية أو بلدة أخرى ، فعلى ما ذكرناه في الحضري . وإن وجده في حِلّة أو قبيلة في البادية ، فان كان من أهل حِلّة مقيمين في موضع راتب ، أقر في يده ، وإن كان ممن ينتقلون من موضع إلى موضع منتجعين ، ففي منعه وجهان .

(١) قال في « المصباح » : الحلة ، بكسر الحاء : القوم النازلون ، وتطلق الحلة على البيوت مجازاً ، تسمية للمحل باسم الحال ، وهو مائة بيت فما فوقها ، والجمع : حلال بالكسر وحلل ، مثل سدرة وسدر .

قلت : أصحها لامنع . والله أعلم

فرع

لو ازدحم على لقيط في البلدة أو القرية مقيم بها وظاعن ، قال الشافعي رضي الله عنه في « المختصر » : المقيم أولى . قال الاصحاب : إن كان الظاعن يظعن إلى البادية أو إلى بلدة أخرى ، وقلنا : ليس للمنفرد الخروج به إلى بلدة ، فالمقيم أولى ، وإن جوزنا له ذلك ، فهما سواء . ولو اجتمع على لقيط في القرية قروي مقيم بهـا وبلدي ، قال ابن كج : القروي أولى ، وهذا يخرج على منع النقل من بلد إلى بلد . فان جوزناه ، وجب أن يقال : هما سواء .

قلت : المختار الجزم بتقديم القروي مطلقاً ، كما قاله ابن كج ، وإنما نجوز النقل إذا لم يعارضه معارض . والله أعلم

ولو اجتمع حضري وبدوي على لقيط في البـادية ، نظر ، إن وجد في حِلَّة أو قبيلة ، والبدوي في موضع راتب ، فهما سواء . وقال ابن كج : البدوي أولى إن كان مقيماً فيهم . وإن كان منتجعاً ، فان قلنا : يقر في يده لو كان منفرداً ، فهمـا سواء ، وإلا ، فالحضري أولى . وإن وجد في مهلكة ، قال ابن كج : الحضري أولى . وقياس قوله : تقديم البدري أو مَن كان مكانه أقرب إلى موضع الالتقاط ، أقرب .

فرع

اللقيط قد يكون له مال يستحقه بكونه لقيطاً أو بغيره ، فالأول : كالوقف على اللقطاء والوصية لهم ، والثاني : كالوصية لهذا اللقيط والهبة له والوقف عليه ،ويقبل له القاضي من هذا مايحتاج إلى القبول . ومن الأموال التي يستحقهـا ، مايوجد تحت يده واختصاصه ، فان للصغير يداً واختصاصـاً كالبالغ ، والأصل الحرية مالم يعرف غيرها ، وذلك كثيابه التي هو لابسها والمفروشة تحته والملفوفة عليه ، وما غُطي به من لحاف وغيره ، وما شُدّ عليه وعلى ثوبه ، أو جعل في جيبه من حلي ودراهم وغيرها ، وكذا الدابة التي عنانها بيده ، أو هي مشدودة في وسطه أو ثيابـه ، والمهـد الذي هو فيه ، وكذا الدنانير المنثورة فوقه والمصبوبة تحته وتحت فراشه . وفي التي تحته ، وجه ضعيف . ولو كان في خيمة أو دار ليس فيها غيره ، فهما له . وعن « الحاوي » وجهان في البستان .

قلت : وطرد صاحب « المستظهري » الوجهين في الضيعة وهو بعيد ، وينبغي القطع بأنه لايحكم له بها . والله أعلم

ولو كان بقربه ثياب وأمتعة موضوعة ، أو دابة ، فوجهان . أصحها : لاتجعل له كما لو كانت بعيدة . والثاني : بلى ، لان هذا يثبت اليد والاختصاص ؛ ألا ترى أن الأمتعة الموضوعة في السوق بقرب الشخص تجعل له . والمال المدفون تحت اللقيط لايجعل له ، لأنه لايقصد بالدفن الضم إلى الطفل ، بخلاف مايُلف عليه ويوضع بقربه . فلو وجدت معه أو في ثيابه رقعة مكتوب فيها : إن تحته دفيناً له ، فوجهان . أصحها عند الغزالي : أنه له بقرينة المكتوب . والثاني : لا أثر للرقعة ، وهو الموافق لكلام

الأكثرين . قال الامـام : ومن عوّل على الرقعة ليت شعري ما يقول لو أرشدت الرقعة إلى دفين بالبعد منه ، أو دابة مربوطة بالبعد منه .

قلت : مقتضاه أن نجعله للقيط ، فان الاعتماد إنما هو على الرقعـة ، لا على كونه تحته. والله أعلم

ولو كانت دابة مشدودة باللقيط وعليهـا راكب ، قال ابن كج : هي بينهما . ثم إن ماسوى الدفين من [هذه] الاموال إذا لم يجعل للقيط ، فهو لقطة ،والدفين قد يكون لقطة وقد يكون ركازاً كما سبق .

[فرع]

إذا عرف للقيط مال ، فنفقته في ماله . فان لم يعرف، فقولان . أظهرها : ينفق عليه الامام من بيت المال من سهم المصالح . والثاني : يستقرض له الامام من بيت المال أو بعض الناس . فان لم يكن في بيت المال شيء ولم يقرض أحد ،جمع الامام أهل الثروة من البلد وقسَّط عليهم نفقته وجعل نفسه منهم . ثم إن بان رقيقـاً ، رجعوا على سيده . وإن بان حراً أو له مال أو قريب ، فالرجوع عليه . وإن بان حراً لا قريب له ولا مال ولا كسب ، قضى الامام حقهم من سهم الفقراء أو المساكين أو الغارمين كما يراه .

قلت : اعتباره القريب غريب ، قلّ من ذكره،وهو ضعيف ، فان نفقة القريب تسقط بمضيّ الزمان . والله أعلم

أما إذا قلنا بالأظهر : إنه ينفق من بيت المال ، فان لم يكن فيه مال ،أو كان هناك ما هو أهم،كسد ثغر يعظم ضرره لو ترك ، قام المسلمون بكفايته ، ولم يجز لهم تضييعه . ثم هل طريقه طريق النفقة ، أم طريق القرض ؟ قولان . أظهرهما والذي يقتضي كلام العراقيين وغيرهم: ترجيحه أنه طريق القرض . فان قلنا : طريق النفقة ، فقام به بعضهم ، اندفع الحرج عن الباقين . وإن امتنعوا ، أثموا كلهم، وطالبهم الامام. فان أصروا،قاتلهم ، وعند التعذر يقترض على بيت المال وينفق عليه، وإن قلنا :طريق القرض، يثبت الرجوع . وعلى هذا ، إن تيسر الاقتراض،فذاك ، وإلا ، قسط الامام نفقته على الموسرين من أهل البلد ، [ثم] إن ظهر عبداً ، فالرجوع على سيده . وإن ظهر له مال أو اكتسب ، فالرجوع عليه. فان لم يكن له شيء ،قضي من سهم المساكين أو الغارمين . وإن حصل في بيت المال مال قبل بلوغه ويساره ، قضي منه . وإن حصل في بيت المال ، أو حصل للقيط مال دفعة واحدة ، قضي من مال اللقيط كما لو كان له مال وفي بيت المال مال . ولم يتعرض الاصحاب لطرد الخلاف ، في أنه إنفاق أو إقراض ، إذا كان في بيت المال مال وقلنا: نفقته منه، والقياس طرده.

قلت : ظاهر كلامهم ، أنه إنفاق ، فلارجوع لبيت المال قطعاً ،وهذا هو المختار الظاهر. والله أعلم

وحيث قلنا: يقسطها الامام على الاغنياء ، فذاك عند إمكان الاستيعاب . فان كثروا أو تعذر التوزيع عليهم ، قال الامام : يضربها السلطان على من يراه منهم باجتهاده . فان استووا في اجتهاده ، تخيّر،والمراد أغنياء تلك البلدة أو القرية .

فصـــل

إذا كان للقيط مال ، هل يستقل الملتقط بحفظه ؟ وجهـان . أحدهما : لا ، بل يحتاج إلى إذن القاضي ، إذ لاولاية للملتقط . وأرجحها على مايقتضيه كلام البغوي : الاستقلال .

قلت : رجح [الامام] الرافعي أيضاً في « المحرر » هـذا الثاني . **والله أعلم**

ولو ظهر منازع في المال المخصوص باللقيط ، فليس للملتقط مخاصمته على الاصح، وسواء قلنا:له الاستقلال بالحفظ، أم لا ،فليس له إنفاقه على اللقيط إلا باذن القاضي إذا أمكن مراجعته . فان أنفق، ضمن، ولم يكن له الرجوع على اللقيط كمن في يده مال وديعة ليتيم أنفقها عليه. وحكى ابن كج وجهاً أنه لايضمن، [وهو شاذ]، وإذا رفـع الامر إلى الحاكم، فليأخذ المال منه ويسلمه إلى أمين لينفق منه على اللقيط بالمعروف ،أو يصرفه إلى الملتقط يوماً يوماً.ثم إن خالف الامين وقتّر عليه ، مُنع منه ، وإن أسرف ، ضمن كل واحد من الامين والملتقط الزيادة ، والقرار على الملتقط إن كان سلِّم إليه، لحصول الهلاك في يده وهل يجوز أن يترك المال في يد الملتقط ويأذن له في الانفاق منه ؟ تقدَّم عليه مسألة ، وهي أنه إذا لم يكن للقيط مال واحتيج إلى الاقتراض له ، هل يجوز للقاضي أن يأذن للملتقط في الانفاق عليه من مال نفسه [ليرجع] ؟ نص أنه يجوز ، ونص في الضالَّة ، أنه لايأذن لواجدهـا في الانفاق من مال نفسه ليرجـع على صاحبها ، بل يأخذ المال منه ويدفعه إلى أمين ، ثم الامين يدفع إليه كل يوم قدر الحاجة ، فقال جمهور الاصحاب : المسألتان على قولين .أحدهما : المنع فيهما. وأظهرهما عند الشيـخ أبي حامد : الجواز فيها للحاجة ، لكثرة المشقة ، ويلحق لاامين

بالأب في ذلك ، وسبق مثل هذا الخلاف في إنفاق المالك عند هرب عامل المساقاة والجمّال ، وأجراه أبو الفرج السرخسي في إنفاق قيّم الطفل من مال نفسه . وقالت طائفة بظاهر النصين ، وفرقوا بأن اللقيط لاوليّ له في الظاهر . رجعنا إلى إذن الحاكم للملتقط في الانفاق من مال اللقيط، فالأكثرون طردوا الطريقين في جوازه، والاحسن ما أشار إليه ابن الصباغ ، وهو القطع بالجواز كقيم اليتيم يأذن له القاضي في الانفاق من ماله عليه ،وينبغي أن يجري هذا الخلاف في تسليم ما اقترضه القاضي على الجمّال الهارب إلى المستأجر ، ولا ذِكر له هناك . وإذا جوزنا ،فبلغ اللقيط واختلفا فيما أنفق ، فالقول قول الملتقط إذا ادعى قدر الايفاء في الحال ، وقد سبق في هرب الجمّال وجه : أن القول قول الجمّال ، والقياس طرده هنا . وإن ادعى زيادة على اللائق ، فهو مقر بتفريطه ،فيضمن ، ولامعنى للتحليف . قال الامام : لكن لو وقع النزاع في عين ، فزعم الملتقط أنه أنفقها ،فيصدّق لتنقطع المطالبة بالعين ، ثم يضمن كالغاصب إذا ادعى التلف، هذا كله إذا أمكن مراجعة القاضي . فان لم يكن هناك قاضٍ ، فهل ينفق من مال اللقيط عليه بنفسه ، أم يدفعه إلى أمين لينفق عليه ؟ قولان . أظهرهما : الاول . فعلى هذا ، إن أشهد لم يضمن على الصحيح ، وإلا ، ضمن على الأصح .

الباب الثاني
في أحكام اللقيط

هي أربعة .

الأول : الاسلام ، وإسلام الشخص قد يثبت بنفسه استقلالاً ،وقد يثبت تبعاً. أما القسم الأول ، فالبالغ العاقل ، يصح منه مباشرة الاسلام بالنطق إن كان ناطقاً،

وبالاشارة إن كان أخرس . وأما المجنون والصبي الذي لايميز، فلا يصح إسلامهما مباشرة بلا خلاف ، ولا يحكم بإسلامهما إلا بالتبعية . وأما الصبي المميز ، ففيه أوجه. الصحيح المنصوص : لايصح إسلامه . والثاني : يتوقف . فان بلغ واستمر على كلمة الاسلام ، تبينا كونه مسلماً من يومئذٍ . وإن وصف الكفر ، تبينا أنه كان لغواً. وقد يعبر عن هذا بصحة إسلامه ظاهراً لا باطناً . والثالث : يصح إسلامه حتى يفرّق بينه وبين زوجته الكافرة ويورَّث من قريبه المسلم ، قاله الاصطخري . وعلى هذا ، لو ارتد ، صحت ردته ، لكن لايقتل حتى يبلغ . فان تاب ، وإلا ، قتل .

قلت : الحكم بصحة الرده ، بعيد ، بل غلط . **والله أعلم**

فاذا قلنا بالصحيح ، فقد قال الشافعي رضي الله عنه : يحال بينه وبين أبويه وأهله الكفار لئلا يفتنوه . فان بلغ ووصف الكفر ، هدّد وطولب بالاسلام . فان أصر، رد إليهم . وهل هذه الحيلولة مستحبة ، أم واجبة ؟ وجهان . أصحها : مستحبة، فليتلطف بوالديه ليؤخذ منهما . فان أبيا ، فلاحيلولة . هذا في أحكام الدنيا . فأما ما يتعلق بالآخرة ، فقال الاستاذ أبوإسحاق : إذا أضمر الاسلام كما أظهره ، كان من الفائزين بالجنة ، ويعبر عن هذا بصحة إسلامه باطناً لاظاهراً . قال الامام : في هذا إشكال، لأن من يحكم له بالفوز لاسلامه ، كيف لايحكم باسلامه ؟ ويجاب عنه بأنه قد يحكم بالفوز في الآخرة وإن لم يحكم بأحكام الاسلام في الدنيا ، كمن لم تبلغه الدعوة .

فصل

للتبعية في الاسلام ثلاث جهات . إحداها : إسلام الأبوين أو أحدهما ، ويتصور

ذلك من وجهين . أحدهما : أن يكون الأبوان أو أحدهما مسلماً يوم العلوق ،فيحكم باسلام الولد ، لأنه جزء من مسلم ، فان بلغ ووصف الكفر ، فهو مرتد . والثاني : أن يكونا كافرين يوم العلوق ، ثم يُسْلِما أو أحدهما ، فيحكم باسلام الولد في الحال. قال الامام : وسواء اتفق الاسلام في حال اجْتِنان الولد أو بعد انفصاله ، وسنذكر إن شاء الله تعالى مايفترق فيه هذان الوجهان باسلامه . وفي معنى الأبوين الأجداد والجدات ، سواء كانوا وارثين أم لم يكونوا ، فاذا أسلم الجد أبو الأب ، أو أبو الأم، تبعه الصبي إن لم يكن الأب حياً قطعاً ، وكذا إن كان على الأصح . ثم إذا بلغ هذا الصبي ، فان أفصح بالاسلام ، تأكد ما حكمنا به . وإن أفصح بالكفر ، فقولان . المشهور : أنه مرتد ، لأنه سبق الحكم باسلامه جزماً ، فأشبه من باشر الاسلام ثم ارتد ، وما إذا حصل العلوق في حال الاسلام . والثاني : أنه كافر أصلي ، لأنه كان محكوماً بكفره أولاً وأزيل تبعاً ، فاذا استقل ، زالت التبعية . ويقال : إن هذا القول مخرج ، ومنهم من لم يثبته وقطع بالأول . فان حكمنا بكونه مرتداً ، لم ينقض شيئاً مما أمضيناه من أحكام الاسلام . وإن حكمنا بأنه كافر أصلي ، فوجهان . أحدهما : إمضاؤها بحالها ، لجريانها في حال التبعية . وأصحهما : أنا نتبين بطلانها ، ونستدرك مايمكن استدراكه ، حتى يرد ماأخذه من تركة قريبه المسلم ، ويأخذ من تركة قريبه الكافر ماحرمناه منه ، ونحكم بأن إعتاقه عن الكفارة لم يقع مجزئاً . هذا فيما جرى في الصغر . فأما إذا بلغ ومات له قريب مسلم قبل أن يفصح بشيء ، أو أعتق عن الكفارة في هذا الحال ، فان قلنا : لو أفصح بالكفر كان مرتداً ، أمضينا أحكام الاسلام ولا تنقض . وإن جعلناه كافراً أصلياً ، فان أفصح بالكفر ، تبيَّنَّا أنه لاإرث ولاإجزاء عن الكفارة . وإن فات الافصاح بموت أو قتل ، فوجهان . أحدهما : إمضاء أحكام الاسلام كما لو مات في الصغر .

وأصحها : نتبين الانتقاض ، لان سبب التبعيـة الصغر وقد زال، ولم يظهر في الحـال حـكمه في نفسه ، فيرد الامر إلى الكفر الأصلي . وعن القاضي حسين : أنه إن مات قبل الافصاح وبعد البلوغ ، ورثه قريبه المسلم . ولو مات له قريب مسلم ، فارثه عنه موقوف . قال الامام : أما التوريث منه ، فيخرج على أنه لو مات قبل الافصاح، هل ينقض الحـكم ؟ وأمـا توريثه ، فان أراد بالتوقف أنه يقـال : لو أفصح بالاسلام ، فهو قريب ، ويستفاد به الخروج من الخلاف . أما لو مات القريب ، ثم مات هو ، وفات الافصاح ، فلا سبيل إلى الفرق بين توريثه والتوريث عنه . ولو قتـل بعد البلوغ وقبل الافصاح ، ففي تعلق القصـاص بقتله قولان . أحدهما : نعم . كما لو قتل قبل البلوغ . وأظهرهما : لا ، للشبهة وانقطاع التبعية . وأما الدية ، فالذي أطلقوه وحكوه عن نص الشافعي رضي الله عنه : تعلق الدية الكاملة بقتله ، وقيـاس قولنا : إنه لو أفصح بالكفر كان كافراً أصلياً ، أن لانوجب الدية الـكاملة على رأي ، كما أنه إذا فات الافصاح بالموت يرد الميراث على رأي .

قلت : الصواب ماقاله الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم . **والله أعلم**

فرع

المحكوم بكفره إذا بلـــغ مجنوناً ، حـكمه حـكم الصغير ، حتى إذا أسلم أحد والديه تبعه . وإن بلغ عاقلاً ثم جن ، فكذلك على الاصح .

الجهة الثـانية : تبعية السابي ، فـاذا سبى المسلم طفلاً منفرداً عن أبويه ، حـكم باسلامه ، لأنه صار تحت ولايته كالابوين .

قلت : هذا الذي جزم به ، هو الصواب المقطوع به في كتب المذهب ،

وشذ صاحب « المهذب »فذكر في كتاب السِّيَر في الحكم باسلامه وجهين ، وزعم أن ظاهر المذهب : أنه لايحكم به ، وليس بشيء ، وإنما ذكرته تنبيهاً على ضعفه لئلا يغتر به . والله أعلم

فلو سباه ذمي ، فوجهان . أحدهما : يحكم باسلامه ،لانه من أهل دار الاسلام . وأصحهما : لا ، لأن كونه من أهل الدار لم يؤثر فيه ولا في أولاده ، فغيره أولى .فعلى هذا ، لو باعه الذمي لمسلم ، لم يحكم باسلامه . ولو سبي ومعه أحد أبويه ، لم يحكم باسلامه قطعاً .فلو كانا معه ثم ماتا ، لم يحكم باسلامه أيضاً، لأن التبعية إنما تثبت في ابتداء السبي .

قلت : معنى «سبي معه أحد أبويه»،أن يكونا في جيش واحد وغنيمة واحدة ، ولا يشترط كونها في ملك رجل . قال البغوي في كتاب الظهار : إذا سباه مسلم، وسبى أبويه غيره ، إن كان في عسكر واحد،تبع أبويه . وإن كان في عسكرين، تبع السابي. والله أعلم

فرع

حكم الصبي المحكوم باسلامه تبعاً للسابي إذا بلغ ، حكم المحكوم باسلامه تبعاً لأبويه إذا بلغ .

فرع

المحكوم باسلامه تبعاً لأبيه أو للسابي إذا وصف الكفر ،فان جعلناه كافراً أصلياً،

ألحقناه بدار الحرب . فان كان كفره مما يُقَرّ عليه بالجزية ، قررناه برضاه . وإن وصف كفراً غير ما كان موصوفاً به ، فهو انتقال من ملّة إلى ملّة ، وفيه تفصيل وخلاف مذكور في كتاب النكاح . وأما تجهيزه والصلاة عليه ودفنه في مقابر المسلمين إذا مات بعد البلوغ وقبل الافصاح ، فيتفرع على القولين في أنه لو أفصح بالكفر كان كافراً أصلياً أو مرتداً ؟ ورأى الامام أن يُتساهل في ذلك ويقام فيه شعار الاسلام.

قلت : الذي رآه الامام هو المختار أو الصواب ، لأن هذه الأمور مبنيّة على الظواهر ، وظاهره الاسلام . والله أعلم

الجهة الثالثة : تبعيّة الدار . فاللقيط يوجد في دار الاسلام أو دار الكفر .

الحال الأول : دار الاسلام ، وهي ثلاثة أضرب .

أحدها : دار يسكنها المسلمون ، فاللقيط الموجود فيها مسلم وإن كان فيها أهل ذمة ، تغليباً للاسلام .

الثاني : دار فتحها المسلمون وأقرّوها في يد الكفار بجزية ، فقد ملكوها ، أو صالحوهم ولم يملكوها ، فاللقيط فيها مسلم إن كان فيها مسلم واحد فأكثر ، وإلا ، فكافر على الصحيح . وقيل : مسلم ، لاحتمال أنه ولد مَن يكتم إسلامه منهم .

الثالث : دار كان المسلمون يسكنونها ، ثم جلَوا عنها وغلب عليها الكفار ، فان لم يكن فيها من يُعرف بالاسلام ، فهو كافر على الصحيح . وقال أبو إسحاق: مسلم ، لاحتمال أن فيها كاتم إسلامه . وإن كان فيها معروف بالاسلام ، فهو مسلم ، وفيه احتمال للامام . وأما عدّ الأصحاب الضرب الثالث دار إسلام ، فقد يوجد في كلامهم مايقتضي أن الاستيلاء القديم يكفي لاستمرار الحكم ، ورأيت لبعض

المتأخرين تنزيل ما ذكروه على ما إذا كانوا لايمنعون المسلمين منهـا ، فان منعوهم ، فهي دار كفر .

الحال الثاني : دار الكفر.فان لم يكن فيها مسلم ، فاللقيط الموجود فيها محكوم بكفره . وإن كان فيها تجار مسلمون ساكنون ، فهل يحكم بكفره تبعاً للدار ، أو باسلامه تغليباً للاسلام ؟ وجهان . أصحها : الثاني ، ويجريان فيا لو كان فيهـا أسارى ؛ ورأى الامام ترتيب الخلاف فيهم على التجار ، لأنهم مقهورون . قال : ويشبه أن يكون الخلاف في قوم ينتشرون ، إلا أنهم ممنوعون من الخروج من البلدة، فأما المحبوسون في المطامير [١] ، فيتجه أن لايكون لهم أثر كما لا أثر لطروق العابرين من المسلمين ، وحيث حكمنا بالكفر ، فلو كان أهل البقعة أصحاب مِلَلٍ مختلفة ، فالقياس أن يُجعل مِن أصونهم دِيناً .

فرع

الصبي المحكوم باسلامه بالدار ، إذا بلـــغ وأفصح بالكفر ، فهو كافر أصلي على المذهب . وقيل : قولان كالمسلم تبعاً لأبويه أو السابي . أحدهما : أنه أصلي . والثاني : أنه مرتد . فاذا قلنـا : أصلي ، فهل نتوقف في حال صباه في الأحـكام التي يشترط لها الاسلام ؟ وجهان . أصحها : لا ،بل نمضيها كالمحكوم باسلامه تبعا لأبيه . والثاني : نتوقف حتى يبلغ فيفصح بالاسلام .فان مات في صباه ، لم يحكم بشيء من أحـكام الاسلام ، وهذا ضعيف .

فرع

اللقيط الموجود في دار الاسلام ، لو ادعى ذمي نسبه وأقام عليه بيِّنة ، لحقه

(١) المطامير ، جمع مطمورة ، وهي حفيرة تحفر تحت الارض .

وتبعه في الكفر،وارتفع ما كنا نظنه . وإن اقتصر على مجرد الدعوى ، فالمذهب أنه مسلم،وهو المنصوص،وبه قطع أبوإسحاق وغيره ، وصححه الأكثرون . وقيل : قولان . ثانيهما : يحكم بكفره ،لأنه يلحقه بالاستحقاق . فاذا ثبت نسبه ، تبعه في الدّين كما لو أقام البينة .وحجة المذهب: أنّا حكمنا باسلامه ، فلا نغيّره بمجرد دعوى كافر . وأيضاً فيجوز أن يكون ولده من مسلمة ، وحينئذٍ لايتبع الدّينُ النسبَ . وعلى الطريقين ، يحال بينهما كما ذكرنا فيما إذا وصف المميز الاسلام . ثم إذا بلغ ووصف الكفر ، فان قلنا : يتبعه فيه ، قرّر،لكنه يهدّد،ولعله يسلم ، وإلا ، ففي تقريره ماسبق من الخلاف .

فرع

سبق أن اللقيط المسلم ، ينفق عليه من بيت المال إذا لم يكن له مال . فأما المحكوم بكفره ، فوجهان . أصحهما : كذلك ،إذ لاوجه لتضييعه.

الحكم الثاني : جناية اللقيط ، والجناية عليه . أما جنايته ، فان كانت خطأً ، فموجبها في بيت المال،ولا نخرّج ذلك على الخلاف في التوقف، كما لانتوقف في صرف تركته إلى بيت المال . وإن كانت عمداً ، نظر ، إن كان بالغاً ، فعليه القصاص بشرطه . وإن جنى قبل البلوغ ، فان قلنا : عمد الصبي عمد ، وجبت الدية مغلّظة في ماله . فان لم يكن له مال ، ففي ذمته إلى أن يجد . وإن قلنا: خطأٌ ، وجبت مخفّفة في بيت المال.ولو أتلف مالاً ، فالضمان عليه،فان كان اللقيط محكوماً بكفره، فالتركة فيء،ولا تكون جنايته في بيت المال . وأما الجناية عليه،فان كانت خطأً ، نظر ، إن كانت على نفسه ، أخذت الدية ووضعت في بيت المال . وقياس من قال بالتوقف في أحكامه : أن لايوجب الدية الكاملة ، ولم أره .

قلت : الصواب ، الجزم بالدية الكاملة . والله أعلم

وإن كانت على طرفه ، فواجبها حق اللقيط يستوفيه القـــاضي ، ويعود فيه القياس المذكور . وإن كانت عمداً ، فان قُتل، وجب القصاص على الاظهر. وقيل: يجب قطعاً، وهو نصه في « المختصر » ، لأنه مسلم معصوم . وإن قُتِل بعد البلوغ والافصاح بالاسلام ، وجب قطعاً . وقيل : على الخلاف،لان القصاص حق المسلمين، ولا يتصور رضى كلّهم باستيفائه . وإن قُتل بعد البلوغ قبل الافصاح ،فعلى الخلاف. وقيل : لايجب قطعاً ،لقدرته على الافصاح الواجب .وإن كانت الجناية على الطرف، وجب القصاص على المذهب . وقيل : قولان . ثانيهما : يتوقف . فان بلغ وأفصح ، تبيَّنَّا وجوبه ، وإلا ، فعدمه .وإن كان الجاني على النفس أو الطرف كافراً رقيقاً، وجب على المذهب . وقيل : قولان ، لأنه حق للمسلمين ، ولايتصور رضاهم .

فرع

إذا أوجبنا له القصاص ، فقصاص النفس يستوفيه الامام إن رآه مصلحة .وإن رأى العدول إلى الدية ، عدل ، وليس له العفو مجاناً، لأنه خلاف مصلحة المسلمين. وأما قصاص الطرف ، فان كان اللقيط بالغاً عاقلاً ، فالاستيفاء إليه ، وإلا ، فليس للامام استيفاؤه . وقال القفال :يجوز في المجنون،لأنه ليس لافاقته زمن معين، وهذا ضعيف عند الاصحاب . وأضعف وجـه حكاه السرخسي في جواز الاقتصـاص ، حيث يجوّز له أخذ الأرش . والمذهب : المنع قطعاً. وإذا لم يقتص ، فهل له أخذ أرش الجناية ؟ نظر ،إن كان المجني عليه مجنوناً فقيراً،[فله] ،وإن كان صبياً غنياً ، فلا ، وإن كان مجنوناً غنياً ، أو صبياً فقيراً ، فالأصح المنع . وحيث منعنا الأرش،

أو لم نر المصلحة فيه ، يحبس الجـاني إلى البلوغ والافاقة ، وإذا جوزناه فأخذه، ثم بلغ الصبي أو أفاق المجنون وأراد أن يرده [ويقتصّ] ، ففي تمكـينه وجهان شبيهـان بما لو عفا الولي عن الشفعة المصلحة فبلغ وأراد الأخذ ، وهما مبنيان على أن أخذ المال عفو كلي وإسقاط للقصاص ، أم سببه الحيلولة لتعذر الاستيفاء ؟ وقد يرجح الأول بأن الحيلولة إنما تكون إذا جاءت من قبل الجاني كاباق المغصوب .

قلت : الراجح الأول . **والله أعلم**

وما ذكرناه في أخذ الأرش للقيط ، جارٍ في كل طفل يليه أبوه أو جدّه بلا فرق . وحكى الامام عن شيخه ، أنه ليس للوصي أخذه ، قال : وهذا حسن إن جعلناه إسقاطاً . وإن قلنا : للحيلولة ، فينبغي أن لايجوز [للوصي أيضاً] .

الحكم الثالث : نسب اللقيط ، وهو كسائر المجهولين ، فاذا استلحقه حر مسلم، لحقه ، وقد سبق في كتاب الاقرار مايشترط الاستلحاق ، ولا فرق في ذلك بين الملتقط وغيره ، لكن يستحب أن يقال الملتقط : من أين هو لك ؟ فربما توهم أن الالتقاط يفيد النسب . وإذا ألحق بغير الملتقط ، سلّم إليه ،لأنه أحق من الأجنبي .واستلحاق الكافر ، كاستلحـاق المسلم في ثبوت النسب ، لاستوائهما في الجهـات المثبتة للنسب . وإن استلحقه عبد ، لحقه إن صدّقه السيد ، وكذا إن كذبه على الأظهر . وقيل: لايلحق قطعاً . وقيل : يلحق قطعاً إن كان مأذوناً له في النـكاح ومضى زمان إمكانه ، وإلا ، فقولان . والمذهب : اللحوق مطلقاً ، ويجري الخلاف في إقرار العبد بأخ أو عم . وقيل بالمنع هنا قطعاً ، لأن لظهور نسبه طريقاً آخر ، وهو إقرار الأب أو الجد ، ويجري فيما لو استلحق حرٌّ عبدَ غيره وهو بالغ فصدّقه ، لما فيه من قطع الارث المتوهم بالولاء . وقيل : يثبت هنا قطعاً ، ويجري فيما لو استلحق المعتَق غيره . والمنع هنا أبعد ، لاستقلاله بالنكاح والتسري . وإذا صححنا استلحاق العبد،

فلا يسلَّم إليه اللقيط ، لأنه لا يتفرَّغ لحضانته وتربيته ، ولا نفقة عليه ، إذ لا مال له.

فرع

استلحقته امرأة وأقامت بينة ، لحقها ولحق زوجها إن أمكن العلوق منه ، ولا ينتفي عنه إلا بلعان . هذا إذا قيدت البينة أنها ولدته على فراشه . فان لم تتعرض للفراش ، ففي ثبوت نسبه من الزوج وجهان .

قلت : الأصح المنع . والله أعلم

وإن لم تقيم بينة واقتصرت على الدعوى ، فهل يلحقها ، أم لا ؟ أم يلحق الخلية دون المزوَّجة ؟ فيه أوجه . أصحها : الثاني . فان ألحقنا ولها زوج ، لم يلحقه على المذهب ،وبه قطع الجمهور . وقيل : وجهان . وباللحوق قال ابن سلمة.واستلحاق الأمة كالحرة إن جوزنا استلحاق العبد ، فان أثبتناه ، لم يحكم برقّ الولد لمولاها على المذهب ، وبه قطع ابن الصباغ والمتولي ، وذكر البغوي فيه وجهين .

فصل

ادعى نسب اللقيط اثنان ، ففيه صور .

إحداها : ادعاه حر وعبد ، فان قلنا : يصح استلحاق العبد ، فهما سواء ، وإلا ، فيلحق بالحر .

الثانية : ادعاه مسلم وكافر ، يستويان فيه .

الثالثة : اختص أحدهما بيد ، نظر ، إن كان صاحب اليد هو الملتقط ، لم يقدّم، لأن اليد لا تدل على النسب ، بل إن استلحقاه معاً ولا بينة، عرض معهما على القافة كما سنذكره إن شاء الله تعالى. وإن استلحقه الملتقط أولاً، حكمنا بالنسب ، ثم ادعاه الآخر ، قال الشافعي رضي الله عنه : يعرض الولد مع الثاني على القائف، فإن نفاه عنه ، بقي لاحقاً بالملتقط باستلحاقه. وإن ألحقه بالثاني ، عرض مع الملتقط عليه ، فإن نفاه عنه ، فهو للثاني ، وإن ألحقه به أيضاً ،فقد تعذر العمل بقول القائف فيوقف . وإن كان صاحب اليد غير الملتقط ، فإن كان استلحقه وحكم [له] بالنسب ، ثم جاء آخر وادعى نسبه ، لم يلتفت إليه . وإن لم يسمع استلحاقه إلا بعدما جاء الثاني واستلحقه ، فهل يقدّم صاحب اليد ،أم يستويان ؟ وجهان . أصحهما : الثاني .

الرابعة : تساويا ولا بينة، عرض الولد على القائف ، فبأيهما ألحقه لحق . فإن لم يوجد قائف،أو تحيّر ، أو ألحقه بهما ،أو نفاه عنهما ، ترك حتى يبلغ ،فإذا بلغ ، أمر بالانتساب إلى أحدهما ، ولا ينسب بالتشهي ، بل يعوّل فيه على ميل الطبع الذي يجده الولد إلى الوالد والقريب إلى القريب بحكم الجبلّة . وقيل : لا يشترط البلوغ ، بل يخيّر إذا بلغ سن التمييز كالتخيير بين الأبوين في الحضانة . والصحيح اشتراطه . والفرق أن الاختيار في الحضانة لا يلزم، بل له الرجوع، وهنا يلزم، وعليهما النفقة مدة الانتظار . فإذا انتسب إلى أحدهما، رجع الآخر عليه بما أنفق. ولو لم ينتسب إلى واحد منهما، لفقد الميل، بقي الأمر موقوفاً . ولو انتسب إلى غيرهما وادعاه ذلك الغير ، ثبت نسبه منه . وفيه وجه : أنه إن كان الرجوع إلى انتسابه بسبب إلحاق القائف بهما جميعاً ، لم يقبل انتسابه الى غيرهما . والصحيح الأول . وإذا انتسب إلى أحدهما لفقد القائف ، ثم وجد ، عرضناه عليه . فإن ألحقه بالثاني، قدّمنا قوله على الانتساب ، لأنه حجة أو حكم . وقال أبو إسحاق : يقدّم الانتساب .

قال : وعلى هذا ، فمتى ألحقه القائف بأحدهما ، فللآخر أن ينازعه ويقول : يترك حتى يبلغ فينتسب . ولو ألحقه القائف بأحدهما ، وأقام الآخر بينة ، قدّمت البينة، لأنها [1] حجة في كل خصومة ، وقيل : لا يُغير ما حكمنا به ولا يُعمل بالبينة .

فرع

ادعت امرأتان نسب لقيط أو مجهول غيره ، ولا بينة،وقبلنا استلحاق المرأة ، ففي عرض الولد معها على القائف وجهان . أحدهما : المنع . والأصح المنصوص :العرض، لانه حكم أو حجة ، فأشبه البينة ، فاذا ألحقه باحداها وهي ذات زوج ، لحق زوجها أيضاً كما لو قامت البينة . وقيل : لا يلحقه ، وهو ضعيف .

الخامسة : أقام كل واحد بينة بنسبه ، وتعارضتا ، ففي التعارض في الاموال قولان . أظهرهما : التساقط . فعلى هذا تسقطان أيضاً هنا على الصحيح ،ويرجع إلى قول القائف . وقيل : لا تسقطان وترجّح إحداهما بقول القائف ، ولا يختلف المقصود على الوجهين . والقول الثاني : تستعملان بالوقف،أو القسمة،أو القرعة ؟فيه ثلاثة أقوال معروفة ، ولا يجيء هنا الوقف للاضرار بالطفل ولا القسمة ،فلا مجال لها في النسب ، ولا تجيء القرعة أيضاً على الاصح وقول الاكثرين ، لانها لا تدخل النسب ، وأثبتها الشيخ أبو حامد . ولو اختص أحدهما باليد ، لم ترجّح بينته بها. وفي « الافصاح » للمسعودي ،و « أمالي » أبي الفرج الزاز : أنه لو أقام أحدهما بينة بأنه في يده من سنة ، والثاني بينة أنه في يده من شهر ، وتنازعا في نسبه ، فصاحب السنة مقدّم ، لكن هذا كلام غير مهذب ، فان ثبوت اليد لا يقتضي ثبوت النسب . وإن فُرض تعرض البينتين لنفس النسب ، فلا مجال للتقدّم والتأخّر فيه . وإن شهدتا على الاستلحاق ، فيبنى على أن الاستلحاق من شخص هل يمنع غيره من الاستلحاق بعد ؟ وقد سبق بيانه .

(١) في الاصل : لانه ، والضـ[illegible] و[illegible] على البينة .

فرع

ادعاه امرأتان ، وأقامتا بينتين ، قال الشافعي رضي الله عنه : أَريته القائف معهما ، فبأيتهما ألحقه لحقها ولحق زوجها . فمن الأصحاب من قال : هذا تفريع على قول الاستعمال ، وترجيح بقول القائف ، كما يرجَّح في الاملاك بالقرعة ، وهذا يوافق ماسبق عن الشيخ أبي حامد . وعلى هذا ، يلحق الزوج قطعاً ، لأن الحكم بالبينة . ومنهم من قال : هذا جواب على قول التساقط ، وكأنه لا بينة ، فيرجع إلى القائف . وعلى هذا ، ففي لحوقه بالزوج الخلاف السابق .

فرع

ألحقه القائف بأحدهما ، ثم بالآخر ، لم ينقل إليه ، إذ الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

فرع

وصف أحد المتداعيين أثر جراحة أو نحوه بظهره أو بعض أعضائه الباطنة ، وأصاب ، لا يقدَّم .

فصـــل

تنازعا في الالتقاط وولاية الحفظ والتعهد ، فان تنازعا عند الأخذ أو قبله ، فقد سبق بيانه . وإن قال كل واحد : أنا الملتقط فلي حفظه ، فان اختص بيد ، وقال الآخر : أخذه مني ، فالقول قول صاحب اليد مع يمينه . فان أقاما بينتين ،

قدّمت بينة صاحب اليد .وإن لم يكن في يد واحد منهما ، فهو كما لو وجداه معاً وتشاحّا في حفظه ، فيجعله الحاكم عند من يراه منهما أو من غيرهما . وإن كان في يدهما ، فان حلفا أو نكلا ، فحكمه كما ذكرنا إذا ازدحما على الأخذ معاً وهما متساويا الحال . وإن حلف أحدهما فقط ، خُصّ به . ولو أقام كل واحد بينة وهو في يدهما ، أو لا في يد واحد منهما ، فان كانتا مطلقتين أو مؤرّختين بتاريخ واحد ، أو إحداهما مؤرّخة والأخرى مطلقة ، فهما متعارضتان . فان قلنا بالتساقط، فكأنه لا بينة . وإن قلنا بالاستعمال،فلا يجيء الوقف ولا القسمة ، وتجيء القرعة ، فيسلّم لمن خرجت قرعته .وإن قُيّدتا بتاريخين مختلفين ، قدّم السابق،بخلاف المال ، فانه لا يقدّم فيه بسبق التاريخ على الاظهر ، لان الاموال تنتقل،والملتقط لا يُنتزع منه مادامت الاهلية . فاذا ثبت السبق ، لزم استمراره .هكذا فرق الاصحاب ، قال أبوالفرج الزاز : هذا إذا قلنا : من التقط اللقيط ثم نبذه لا يسقط حقه . فان أسقطناه، فهو على القولين في الاموال ، لانه ربما نبذه الاول فالتقطه غيره ، وهذا حسن. ويتفرع على تقديم البينة المصرّحة بالسبق ، ما إذا كان اللقيط في يد أحدهما وأقام مَن في يده البينة ، وأقام الآخر بينة أنه كان في يده وانتزعه منه صاحب اليد ، فتقدّم بينة مدعي الانتزاع ، لاثباتها السبق .

الحكم الرابع : الحرية والرق ، وللقيط في ذلك أربعة أحوال .

الأول : أن لا يقر على نفسه بالرق ، ولا يدعي رقه أحد ، فيحكم بحريته ، لأن ظاهر حاله الحرية ، ولأن غالب الناس أحرار ، هذا هو المذهب ، وقد سبق أن من الأصحاب من يتوقف في إسلامه . قال الامام : وذلك التردد يجري هنا وأولى ، لقوة الاسلام واقتضائه الاستتباع للوالد والسابي ، بخلاف الحرية . ثم ذكر الامام تفصيلاً متوسطاً فقال : يجزم بالحرية ما لم ينته الأمر إلى إلزام الغير شيئاً ،

فان انتهى ، ترددنا إن لم يعترف الملتزم بحريته ، فنحكم له بالملك فيما نصادفه في يده جزماً . وإذا أتلفه متلف ، أخذنا منه الضمان وصرفناه إليه ، لان المال المعصوم مضمون على المتلف ، فليس التضمين بالحرية ، وميراثه لبيت المال قطعاً ، وأرش جنايته الخطأ في بيت المال قطعاً ، قال الامام : ويحتمل أن يخرج على التردد المذكور ، لأن مال بيت المال لايبذل إلا عن تحقق . ولو قتل اللقيط ، فقد ذكرنا في وجوب القصاص خلافاً ، وينضم إليه التردد في الحرية ، فمن لايجزم القول باسلامه وحريته ، لايوجب القصاص على الحر المسلم بقتله ، ويوجبه على الرقيق الكافر . ومن يجزم بها ، يخرج وجوب القصاص بكل حال على قولين ـ بناءً على أنه ليس له وارث معين ـ ، الأظهر : وجوبه . وإذا قتل خطأً ، فالواجب الدية على الصحيح ، أخذاً بظاهر الحديث ، وأقل الأمرين من الدية والقيمة في الثاني ، بناءً على أن الحرية غير متيقنة . قال الامام : وقياس هذا أن نوجب الأقل من قيمته عبداً ، ودية مجوسي ، لامكان الحمل على التمجس، وقد يرتب القصاص على الدية فيقال : إن لم نوجب الدية ، فالقصاص أولى ، وإلا ، فوجهان .

الحال الثاني : أن يدعي شخص رقه ولا بينة . ومن ادعى رق صغير لاتتيقن حريته ، سمعت دعواه ، لامكانها . فان لم يكن في يده ، لم يقبل قوله إلا ببينة ، لأن الظاهر الحرية ، فلا تترك إلا بحجة ، بخلاف النسب ، فان قبوله مصلحة للصبي وثبوت حق له . وإن كان في يده وقد عرفنا استنادها إلى التقاطه ، فقولان . أحدهما: يحكم له بالرق كيد غير الملتقط ، وكما لو التقط مالاً وادعاه ولا منازع ، يقبل قوله ويجوز شراؤه منه . وأظهرهما : لايقبل إلا ببينة ، لأن الأصل الحرية ، ويخالف المال ، فانه مملوك وليس في دعواه تغيير صفة له ، واللقيط حر ظاهراً ، وفي دعواه تغيير صفة . وإن لم يعرف استنادها إلى الالتقاط ، حكم لصاحبها بالرق الذي يدعيه على الصحيح الذي قطع به الجمهور ، لأن الظاهر ممن في يده يتصرف فيه تصرف

المالكين ، ولا معارض له ، ولا سبب يحال عليه أنه ملكه ، وسواء كان الصغير مميزاً أو غيره مقراً أو منكراً على الاصح . والثاني : إن كان مميزاً منكراً ، احتاج المدعي إلى البينة . فعلى الأصح : يحلف المدعي ، واليمين واجبة على الأصح المنصوص .وقيل: مستحبة . ثم إذا بلغ الصبي وأقر بالرق لغير صاحب اليد ، لم يقبل . وإن قال : أنا حر ، لم يقبل أيضاً على الأصح ،إلا أن يقيم بينة بالحرية ، ولكن له تحليف السيد، قاله البغوي . والثاني : يقبل ، قاله أبوعلي الثقفي .

فرع

رأى صغيراً في يد إنسان يأمره وينهاه ويستخدمه ، هل له أن يشهد له بالملك ؟ قال أبوعلي الطبري : فيه وجهان . وقال غيره : إن سمعه يقول : هو عبدي ، أو سمع الناس يقولون : إنه عبده ، شهد له بالملك ، وإلا ، فلا .

قلت : هذا أصح . والله أعلم

فرع

صغيرة في يد رجل يدعي نكاحها ، فبلغت وأنكرت ، يقبل قولها ، وعلى المدعي البينة . وهل يحكم في صغرها بالنكاح ؟ قال ابن الحداد : نعم كالرق . والأصح: المنع . وفرق الأصحاب ، بأن اليد في الجملة دالة على الملك ، ويجوز أن يولد وهو مملوك والنكاح طارىء ، فيحتاج إلى البينة .

الحال الثالث : أن يدعي رقه مدعٍ ويقيم عليه بينة حيث يحتاج مدعي الرق إلى بينة كما فصلناه . وهل يكفي إقامة البينة على الرق أو الملك مطلقاً ؟ قولان .

أحدهما : نعم كما لو شهد بملك دار أو ثوب وغيرهما ، وهذا اختيار المزني ،وهو نصه في الدعـاوى وفي القديم . والثـاني : لا ، لاحتمال اعتماد الشاهد ظـاهر اليد ، ويكون يد التقاط . وإذا احتمل ذلك مع أن اللقيـط محكوم بحريته بظاهر الدار، لم يزل ذلك إلا بيقين ، وأمر الرق خطر ، وهذا نصه [هنا] ، وهو الأصح عند الامام والبغوي والروياني وآخرين ، ورجـح ابن كـج وأبو الفرج الزاز الأول ، ويؤيده أن من الأصحاب من قطع به ، وحمل نصه هنـا على الاحتياط ، ولأن البينة بمطلق الملك ليست بأقل من دعوى غير الملتقط رق الصغير في يده .

قلت : كل من الترجيحين ظاهر ، وقد رجـح الرافعي في « المحرر » الثاني. والله أعلم

ويجري القولان ، سواء كان المدعي هو الملتقـط أو غيره ، هكذا ذكـره الجمهور . وذكر الامام كلاماً يتخرج منه ومما ذكره غيره قول : أن البينـة المطلقة تكفي في غير الملتقـط ، ولاتكفي فيه . والمذهب : أنه لافرق . وإذا قلنـا : لم يكتف بالبينة المطلقة ، شرطنا تعرض الشهود لسبب الملك من الارث أو الشراء أو الاتهاب ونحوها.ومن الاسباب أن يشهدوا أن أمته ولدته مملوكاً له. فان اقتصروا على أن أمته ولدته ،أو أنه ولد أمته ، فطريقان . قال الجمهور : قولان . أظهرهما : يكفي . والثاني : لا . وقيل :يكفي قطعاً ، وهو نصه هنا. وإن شهدوا أنه ملكه ولدته مملوكته ، قال البغوي: يكفي قطعاً ، وإن شهدوا بأن أمته ولدته في ملكه، قال الأصحاب : يكفي قطعاً.وقال الامام : لايكتفى به تفريعاً على وجوب التعرض لسبب الملك ، فقد تلد في ملكه حراً بالشبهة وفي نكاح الغرور ، وقد تلد مملوكاً لغيره بأن يوصي بحملها وتكون الرقبة للوارث ، وهذا حق . ويشبه أن لايكون فيه خلاف،ويكون قولهم :في ملكه ،مصروفاً إلى المولود ـ كقولك :ولدته في مشيمة[1] ـ

(١) يقال لما يكون فيه الوليد : المشيمة ، والكيس ، والغلاف .

لا إلى الولادة،ولا إلى الوالدة ، وحينئذٍ يكون قولهم : ولدته مملوكاً له ، ويكفي المدعي في دعواه قوله : هو ملكي ، وإنما يشترط ذكر السبب إن شرطناه في صيغة الشهود .

فرع

تقبل هذه الشهادة من رجل وامرأتين على القولين ، لأن الغرض إثبات الملك. وإذا اكتفينا بالشهادة على أنه ولدته أمته، قبل من أربع نسوة أيضاً، لأنها شهادة على الولادة ، ثم يثبت الملك في ضمنها كثبوت النسب في ضمن الشهادة على الولادة. ولو شهدن أنه ملكه ولدته أمته ، قال القاضي حسين : ثبت الملك والولادة ، وذكر الملك لايمنع ثبوت الولادة ، ثم يثبت الملك ضمناً لا بتصريحهن .

فرع

لو شهدت البينة لمدعي الرق باليد ، قال في « المهذب »:إن كان المدعي الملتقط، لم يحكم له . وإن كان غيره ، فقولان . والأصح ما ذكره صاحب « الشامل » وغيره : أن المدعي إذا أقام البينة أنه كان في يده قبل التقاط الملتقط ، قبلت وثبتت يده ، ثم يصدق في دعوى الرق ، لما سبق أن صاحب اليد على الصغير إذا لم يعرف أن يده عن التقاط ، يصدَّق في دعوى الرق ، وبمثله قطع البغوي فيما إذا أقام الملتقط بينة أنه كان في يده ، قبل إن التقطه ، لكن نقل ابن كج في هذه الصورة عن النص ، أنه لايرق حتى يقيم البينة على سبب الملك.

الحال الرابع : أن يقر على نفسه بالرق وهو بالغ عاقل ، فينظر ، إن كذبه

المقر له ، لم يثبت الرق . فلو عاد بعد ذلك فصدّقه ، لم يلتفت إليه ، لأنه لما كذبه ثبتت حريته بالاصل ، فلا يعود رقيقاً . وإن صدقه ، نظر ، إن لم يسبق الاقرار ماينافضه ، قبل على المشهور كسائر الاقارير . وفي قول حكاه صاحب « التقريب»: لايقبل ، لانه محكوم بحريته بالدار ، فلا ينقض ، كالمحكوم باسلامه بالدار ، لو أفصح بالكفر ، لاينقض ماحكمنا به في قول ، بل يجعل مرتداً . وإن سبقه ماينافضه ، ففيه صور .

إحداها : إذا أقر بالحرية بعد البلوغ ، ثم أقر بالرق ، لايقبل على المذهب ، وبه قطع الاصحاب . ونقل الامام وجهين ، ثانيهما القبول .

الثانية : إذا أقر بالرق لزيد ، فكذبه ، ثم أقر لعمرو ، لم يقبل على المذهب والمنصوص والذي قطع به الجمهور ، بل يكون حراً ، وعن ابن سريج قبوله .

الثالثة : إذا وجدت منه تصرفات يقتضي نفوذها الحرية ، كبيع ونكاح وغيرهما ، ثم قامت بينة برقه ، نقضت تصرفاته المقتضية للحرية ، وجعلت صادرة عن عبد لم يأذن له سيده ، ويسترد ماقبضه من زكاة أو ميراث وما أنفق عليه من بيت المال ، وتباع رقبته فيها . فلو لم تقم بينة ، لكن أقر بالرق ، فان قلنا بالقول الذي حكاه صاحب « التقريب » ، فاقراره لاغٍ . لكن لو كان نكح ، فاقراره اعتراف بتحريمها ، فيؤاخذ به . وإن قلنا بالمشهور ، ففيه طرق ، حاصلها أنه تثبت أحكام الأرقاء في المستقبل على المذهب . وقال ابن سلمة : قولان . ثانيها : أنه يبقى على أحكام الحرية مطلقاً . وقيل : يبقى فيما يضر بغيره ، وكلاهما شاذ ضعيف . وأما الماضي ، فيقبل إقراره فيما يضر به من التصرفات السابقة قطعاً ، ولايقبل فيما يضر بغيره على الاظهر . ويتفرع على القولين فروع . أحدها : إذا نكح قبل الاقرار ، نظر ، أذكر هو ، أم أنثى ؟ فان كان أنثى ، فزوّجها الحاكم على الحرية ثم أقرت بالرق . فان قبلنا

الاقرار فيما يضر غيره ، فالنكاح فاسد ، ولا شيء على الزوج إن لم يدخل بها ، وإن دخل ، فعليه مهر المثل للمقر له . فان كان سلّم المهر إليها، استرده إن كان باقياً ، وإلا ، رجع عليها بعد العتق ، والاولاد منها أحرار ،لظنه الحرية ، وعلى الزوج قيمتهم للمقر له ، ويرجع عليها بالقيمة إن كانت هي الغارّة . وفي الرجوع بالمهر قولان معروفان . وفي العدة وجهان . أصحها : يلزمها قرءان ، لان عدة الامة بعد ارتفاع النكاح الصحيح قرءان، ونكاح الشبهة في المحرمات كالنكاح الصحيح ، وبهذا قطع الشيخ أبوحامد[1] وصاحبا « المهذب » و« الشامل » . والثاني : لاعدة عليها ،إذ لانكاح ، ولكن تستبرىء بقرء بسبب الوطء . قال الامام : ويجب طرد هذا الخلاف في كل نكاح شبهة على أمة.وإن قلنا : لايقبل الاقرار فيما يضر غيره، فالكلام في أمور .

أحدها : لايحكم بانفساخ نكاحها ، بل يبقى كما كان . قال الامام : سواء فرقنا بين الماضي والمستقبل، أم لا ، ويصير النكاح كالمستوفى المقبوض، واستدرك ابن كج فقال : إن كان الزوج ممن لايحل له نكاح الاماء ، انفسخ نكاحه ،لان الاولاد الذين يلدهم في المستقبل أرقّاء كما سنذكره إن شاء الله تعالى ، فليس له الثبات عليه ، وهذا حسن ، لكن صرح ابن الصباغ بخلافه .

قلت : الاصح : أنه لاينفسخ كما قال ابن الصباغ ، كالحر إذا وجد الطّول بعد نكاح الامة. **والله أعلم**

ثم أطلق الاصحاب أن للزوج خيار فسخ النكاح ، ونص عليه في« المختصر». قال الشيخ أبوعلي :هذا إذا نكحها على أنها حرة ،فان توهم الحرية ولم يجر شرطها، ففيه خلاف نذكره في النكاح إن شاء الله تعالى .

الثاني : في المهر،ومتى ثبت للزوج الخيار، ففسخ قبل الدخول ، فلا شيء عليه،

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : أبو محمد .

وإن كان بعده ، لزمه أقلُّ الأمرين من المسمّى ومهر المثل . وإن أجاز ، لزمه المسمى ، قاله البغوي . فان طلّقها بعد الاجازة وقبل الدخول ، لزمه نصف المسمى ، وفيه إشكال ، لأن المقر له يزعم فساد النكاح ، فاذا لم يكن دخول ، وجب أن لايطالب بشيء ، وقد يشعر بهذا إطلاق الغزالي .

قلت : الراجح : أنه لايلزمه شيء لِما ذكره . **والله أعلم**

فان كان الزوج أعطاها الصداق ، لم يطالَب به ثانياً .

الثالث : أولادها ، فالذين حصلوا قبل الاقرار أحرار ، ولا يلزم للزوج قيمتهم. والحادثون بعده أرقّاء ، لأنه وطئها عالماً برقّها .

قال الامام : هذا ظاهر إن قبلنا الاقرار فيما يضر بالغير في المستقبل . فان لم نقبله ، فيحتمل أن يقال بحريتهم لصيانة حق الزوج ، كما أدمنا النكاح صيانة له ، ويحتمل أن يقال برقّهم ، وهو ظاهر ما أطلقه الأصحاب ، لأن العلوق متوهم فلا يجعل مستحقاً بالنكاح ، بخلاف الوطء .

الرابع : تردد الامام في أنا إذا أدمنا النكاح ، تسلَّم إلى الزوج تسليم الاماء، أم تسليم الحرائر ؟ فالظاهر : الثاني ، وإلا ، لعظُم الضرر على الزوج واختلت مقاصد النكاح ، ويؤيده قول الشافعي رضي الله عنه في « المختصر » : لاأصدُقها على فساد النكاح ، ولا على مايجب عليها للزوج .

الخامس : في العدة . وأما عدة الطلاق ، فان كان رجعياً وطلقها ، ثم أقرت ، فعليها ثلاثة أقراء ، وله الرجعة في جميعها ، لأنه ثبت ذلك بالطلاق . وإن أقرت ثم طلقها ، فكذلك على الصحيح الذي قطع به الأكثرون ، لان النكاح أثبت له

الرجعة في ثلاثة أقراء . والثاني : تعتد بقرئين ، لأنه أمر يتعلق بالمستقبل كارقاق أولادها ، وصححه أبو الفرج الزاز ، وحكاه عن ابن سريج . وإن كان الطلاق بائناً ، فهو كالرجعي على الأصح ، لأن العدة فيها لاتختلف . والثاني : تعتد بقرئين مطلقاً ، لأنها رقيقة وليست للزوج رجعة . وأما عدة الوفاة ، فانها بشهرين وخمسة أيام ، عدة الاماء ، نص عليه ، سواء أقرت قبل موت الزوج أو بعده في العدة ، لأنها حق الله تعالى ، فقبل قولها في انتقاضها ، وليس فيها إضرار بأحد . وفي وجه : لايجب عليها عدة الوفاة أصلاً ، لأنها تزعم بطلان النكاح من أصله وقد مات الزوج ، فعلى هذا ، إن جرى دخول ، لزمها الاستبراء . قال الامام : والقول في أنه بقرء ، أم بقرئين ، على ماسبق في التفريع على القول . فان لم يجر دخول ، فهل تستبرىء بقرء كما لو اشتريت من امرأة أو مجبوب ، أم لا استبراء أصلاً لانقطاع حقوق الزوج ؟ فيه احتمالان للامام ، وبالثاني قطع الغزالي . هذا كله إذا كان المقر أنثى . فان كان ذكراً فبلغ ونكح ثم أقر بالرق ، فان قبلنا إقراره مطلقاً ، فهذا نكاح فاسد، فيفرق بينهما ، ولا مهر إن لم يقع دخول ، وإن وقع ، فعليه مهر المثل ، كذا قاله الجمهور. وقال في « المهذب » - وأبداه الامام احتمالاً - : أن عليه الاقل من مهر المثل والمسمى . ثم متعلق الواجب ذمته ، أم رقبته ؟ قولان . أظهرهما : الاول . وإن قبلنا إقراره فيما يضره دون غيره ، حكمنا بانفساخ النكاح ، ولم نقبل قوله في المهر ، فعليه نصف المسمى إن لم يدخل ، وجميعه إن دخل ، ويؤدي ذلك مما في يده أو من كسبه في الحال أو المستقبل ، فان لم يوجد ، ففي ذمته إلى أن يعتق .

الفرع الثاني [1] : إذا كانت عليه ديون وقت الاقرار بالرق وفي يده أموال ، فان قبلنا إقراره مطلقاً ، فالاموال تسلّم للمقر له ، والديون في ذمته . وإن قبلناه فيما يضره دون غيره ،قضينا الديون مما في يده . فان فضل من المال شيء ، فهو للمقر له، وإن بقيَ من الدَّين شيء ، ففي ذمته إلى أن يعتق .

---

(١) وقد تقدم الفرع الاول في أسفل الصفحة (٤٤٧) فليتنبه له .

الفرع الثالث : إذا باع أو اشترى بعد البلوغ ، ثم أقر بالرق ، فإن قبلنا الاقرار مطلقاً ،فالبيع والشراء باطلان ، فان كان ماباعه باقياً في يد المشتري ،أخذه المقر له ،وإلا، طالبه بقيمته . والثمن إن أخذه المقر وأتلفه ،فهو في ذمته إلى أن يعتق ، وإن كان باقياً رده ، وما اشتراه إن كان باقياً في يده ، رده إلى بائعه، وإلا ،استرد الثمن من البائع، وحق البائع يتعلق بذمته،وإن قلنا : لايقبل فيما يضر غيره ، لم نبطلها،ثم ماباعه إن لم يستوف ثمنه،استوفاه المقر له ، وإن كان استوفاه، لم يطالب المشتري ثانياً ، وما اشتراه إن كان وزن ثمنه ، فقد تم العقد وسلم المبيع للمقر له . وإن لم يزنْ ، فان كان في يده مال حين أقر بالرق ، وزن الثمن منه ، وإلا ، فهو كافلاس المشتري ، فيرجع البائع إلى عين ماله إن كان باقياً ، وإلا ،فهو في ذمة المقر حتى يعتق .

الفرع الرابع : جنى ثم أقر بالرق ، فان كانت الجناية عمداً ، فعليه القصاص، سواء كان المجني عليه حراً أو عبداً . وإن كانت خطأً ، فان كان في يده مال، أخذ الأرش منه ، كذا قاله البغوي ، وهو خلاف قياس القولين ، لأن أرش الخطأ لايتعلق بما في يد الجاني حراً كان أو عبداً ، وإن لم يكن في يده مال ، تعلق الأرش برقبته على القولين . وقال القاضي أبو الطيب : إن قلنا : لايُقبل إقراره فيما يضر غيره، فالأرش في بيت المال . فلو زاد الأرش على قيمة الرقبة ، فالزيادة في بيت المال على هذا القول قطعاً .

[**الفرع**] **الخامس** : جُني عليه فقطع طرفه،ثم أقر بالرق ، فان كانت الجناية عمداً والجاني عبداً ، اقتص منه . وإن كان حراً ، فلا قصاص ، ويكون كالخطأ. وإن كانت خطأً، فان قبلنا إقراره مطلقاً ، فعلى الجاني كمال قيمته إن صارت قتلاً ، وإلا ، فما تقتضيه جراحة العبد . وإن قبلناه فيما يضره دون غيره وكانت الجناية قطع يد ، فان لم يزد نصفُ القيمة على نصف الدية ، فالواجب نصف القيمة ، وإن زاد ، فهل يجب

نصف الدية ، أم نصف القيمة ؟ وجهان . أصحها : الاول . هذا كله تفريع على تعلق الدية بقتل اللقيط . وفيه وجه سبق أن الواجب الاقل من الدية والقيمة ، وذلك الوجه مطرد في الطرف .

فرع

لافرق في جميع ماذكرناه ، بين أن يقر بالرق ابتداءً ، وبين أن يدعي رقه شخص فيصدّقه ، فلو ادعى رجل رقه ،فأنكره ، ثم أقر له ، ففي قبوله وجهان، لأنه بالانكار لزمه أحكام الأحرار .

قلت : ينبغي أن يفصل ، فان قال : لست بعبد ، لم يقبل إقراره بعده ، وإن قال : لست بعبد لك ، فالأصح القبول ، إذ لايلزم من هذه الصيغة الحرية .

والله أعلم

فرع

ادعى مدّعٍ رقه ، فأنكر ولابينة ، فان قبلنا إقراره بالرق ، فله تحليفه ،وإلا ، فلا ، إلا إذا جعلنا اليمين مع النكول كالبينة ، فله التحليف .

فصل

إذا قذف لقيطاً صغيراً ، عزّر ، وإن كان بالغاً ، حدّ إن اعترف بحريته . فان ادعى رقه ، فقال المقذوف : بل أنا حر ، فالقول قول المقذوف على الأظهر . وقيل :

قطعاً . ويجري الطريقان ، فيما لو قطع حر طرفه وادعى رقه وقال : بل أنا حر. وقيل : يجب القصاص قطعاً ، لأن الحدّ يغني عنه التعزير ، لاشتراكهما في الزجر . فان لم نوجب القصاص ، أوجبنا الدية في اليدين ، ونصفها في إحداهما على الاصح . وعلى الثاني : القيمة أو نصفها . ولو قذف اللقيط واعترف بأنه[حرٌ] ، حُدّ حد الأحرار . وإن ادعى أنه رقيق ، وصدقه المقذوف ، حُدّ حد العبيد . وإن كذبه ، فأي الحدّين يُحَدّ ؟ قولان بناءً على إقراره ، إن قبلناه مطلقاً ، فحد العبيد ، وإن منعناه فيما يضر غيره ، فحد الاحرار . وحكى في « المعتمد » وجهاً : أنه إن أقر لمعين ، قبل إقراره وحُدّ حد العبيد ، وإن لم يعيّن ، حُدّ حد الاحرار .



تم - بعون الله تعالى وتوفيقه - الجزء الخامس من كتاب

« روضة الطالبين وعمدة المفتين » للامام النووي

ويليه الجزء السادس ، وأوله : « كتاب الفرائض »

الفهرس

الصفحة	الموضوع
٢٣	فصل : الذهب والفضة إن كانا مضروبين ، فقد سبق أنهما مثليان ،وإلا ، فان كان فيهما صنعة فأربعة أوجه .
٢٤	فصل : إذا تغير المغصوب ، فقد يكون متقوماً ثم يصير مثلياً ، وعكسه ، ومثلياً فيهما ، ومتقوّماً فيهما .
٢٥	فصل : فيما يلزمه بالغصب المتقوّم إذا تلف عنده .
٢٧	فصل : زوائد المغصوب منفصلة كانت أو متصلة مضمونة على الغاصب .
٢٨	الطرف الرابع : في الضمان في الاختلاف ، وفيه تسع مسائل .
٣١	الباب الثاني في الطوارىء على المغصوب ، وفيه ثلاثة أطراف .
٣١	الطرف الاول : في النقص وهو ثلاثة أقسام ، نقص القيمة فقط ،ونقص القيمة والاجزاء ، ونقص الاجزاء والصفات ، وحدُّها .
٣٢	فصل : النقص الحادث في المغصوب ضربان : مالا سراية له ، وما له سراية .
٣٤	فصل : في جناية العبد المغصوب والجناية عليه ، والتفريع عليه .
٣٩	فصل : نقل التراب من الارض المغصوبة ، تارة يكون من غير إحداث حفر ، وتارة باحداثها .
٤١	فصل : إذا خصي العبد ، فهو على القولين السابقين في جراح العبد .
٤٢	فصل : نقص المغصوب هل ينجبر بالكمال بعده ؟
٤٤	فصل : غصب عصيراً فتخمَّر عنده ، كان للمغصوب منه تضمينه مثل العصير .
٤٥	الطرف الثاني في الطوارىء على المغصوب في الزيادة،وهي آثار محضة وأعيان .
٤٦	بعض صور الاعيان في هذه المسألة .
٥٢	فصل : إذا خالط المغصوب بغيره ، فقد يتعذَّر التمييز بينهما ، وقد لا يتعذر ، وفيه مسائل .

الصفحة	الموضوع

الصفحة	الموضوع

الصفحة	الموضوع

الصفحة	الموضوع

الصفحة	الموضوع
٢١١	المسألة الثانية : تطهير الدار عن الكناسة والأتثون عن الرماد في دوام الاجارة ، على المستأجر .
٢١١	فرع : يجب على المؤجر تسليم الدار وبالوعتها وحشها فارغان .
٢١٢	الصنف الثاني : الأرض البيضاء ، فاذا استأجر أرضاً المزراعة ، فمتى يدخل شربها ؟
٢١٣	فصل : استأجر أرضاً لزرع معين ، فانقضت المدة ولم يدرك الزرع ، فلعدم الادراك فيها أسباب .
٢١٣	السبب الأول : التقصير في الزراعة ، فهل يؤمر لذلك بالقلع ؟
٢١٣	السبب الثاني : أن يتأخر الادراك لحر أو برد ، أو كثرة المطر ، أو أكل الجراد رؤوس الزرع ، فنبت ثانياً فتأخر لذلك ، فالصحيح أنه لايجبر على القلع .
٢١٤	السبب الثالث : أن لايكون الزرع المعين بحيث لايدرك في المدة ، فما حكم القلع ؟
٢١٤	فصل : استأجر الأرض للبناء أو الغراس ، فان شرط القلع ، صح العقد، ولزم المستأجر القلع بعد المدة .
٢١٦	فصل : إذا استأجر الارض [لزراعة جنس معين ، جاز أن يزرعه وما ضرره كضرره أو دونه ، لا مافوقه .
٢١٧	فرع : إذا تعدى المستأجر للحنطة ، فزرع الذرة ، ولم يتخاصما حتى انقضت المدة وحصد الذرة ، فما حكمه ؟
٢١٩	النوع الثالث : استئجار الدواب ، وفيه مسائل .

الصفحة	الموضوع

الصفحة	الموضوع

الصفحة	الموضوع

الصفحة	الموضوع

الصفحة	الموضوع

★ ★ ★